شرح تحفة الأحكام للتاودي

أبو عبد الله محمد التاودي

خطبة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الحكم العدل الذي لا معقب لحكمه ولا مرد لقضائه والصلاة والسلام على أفضل من أوتي الحكمة والخطاب الفصل خير خلقه وخاتم رسله وأنبيائه، وعلى آله وأصحابه أولي السماحة والبذل ومن تبعهم بإحسان إلى يوم لقائه.
وبعد: فهذا شرح وجيز على رجز الإمام القاضي أبي بكر محمد بن عاصم رحمه الله تعالى قصدت فيه حل ما يحتاج من ألفاظه إلى الحل والاقتصار على ما لا مندوحة عنه من النقل، متوخياً في ذلك أسعد النقول بعبارته وأقربها إلى رمزه وإشارته، متجافياً عن طريق التطويل الممل والإيجاز المخل معرضاً عن إعرابه البين آتياً بما هو منه في نظري متعين، والله الكريم الرحمن الرحيم أسأل أن يخلص النية ويفسح الطوية، ويتم المراد ويجعله من العمل المقبول يوم التناد بجاه عين الرحمة والواسطة في كل نعمة سيدنا ومولانا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه.

مقدمة

قال الشعراني في العهود أخذ علينا العهد العام من رسول الله صلى الله عليه وسلم ونرجو من ربنا الوفاء به أن نخلص النية لله تعالى في علمنا وعملنا وسائر أحوالنا من سائر الشوائب حتى من شهود الإخلاص، ومن خطور استحقاقنا ثواباً على ذلك، وإن خطر لنا طلب ثواب شهدناه من باب المنة والفضل.

قال تعالى: وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين} (البينة:5) الآية وقال صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات» الحديث. وقال: «اخلص دينك يكفك العمل القليل» وقال: «طوبى للمخلصين أولئك مصابيح الهدى تنجلي عنهم كل كربة». وروى الطبراني مرفوعاً: «إذا كان آخر الزمان صارت أمتي ثلاث فرق. فرقة يعبدون الله خالصاً، وفرقة يعبدون الله تعالى رياء، وفرقة يعبدون الله تعالى ليأكلوا به أموال الناس» الحديث. ثم قال: وجميع ما ورد في فضل العلم والعمل إنما هو في حق المخلصين فيه فإياك يا أخي والغلط فإن الناقد بصير اه.. باختصار. والظن في هؤلاء الأئمة الذين نفع الله بتآليفهم وعكف الخلق على تصانيفهم صدق النية وكمال الإخلاص الموجب لمزيد القرب والاختصاص.

فالمؤلف رحمه الله تعالى هو القاضي أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ولد ثاني عشر جمادى الأولى من عام ستين وسبعمائة وتوفي بشوال عام تسعة وعشرين وثمانمائة. وقد أشار إلى ذلك أبو عبد الله ابن القاضي على طريق نظم الوفيات للفشتالي بقوله:

وقد (رقصت) غرناطة بابن عاصم

و (سحت دموعاً) للقضاء المنزل

فأشار بحروف رقصت للولادة مع ما فيها من المناسبة لأن الرقص يكون مع الفرح والسرور، وبحروف سحت دموعاً للوفاة. ومن شيوخه رحمه الله أبو سعيد بن لب، وأبو عبد الله القيجاطي، وأبو إسحاق الشاطبي، وأبو عبد الله بن علاق، وخالاه ولدا أبي القاسم بن جزي، والنميري والبلنسي وغيرهم. كان رحمه الله فاضلاً متقناً لعلم القراءات مشاركاً في العربية والمنطق والأصول والحساب والفرائض والأحكام مشاركة حسنة، متقدماً في الأدب نظماً ونثراً وكتابة وشعراً إلى براعة خط وإحكام رسم وإتقان بعض الصنائع العلمية كتسفير الكتب وتنزيل الذهب وغيرهما. له تآليف عدة منها هذه الأرجوزة وأخرى في الأصول سماها: مهيع الوصول في علم الأصول، وأخرى فيه أيضاً، وأخرى في النحو حاذى بها رجز ابن مالك، وأخرى في الفرائض. وقصيدة سماها إيضاح المعاني في قراءة الثماني، وأخرى سماها الأمل المرقوب في قراءة يعقوب وغير ذلك. انظر الابتهاج لسيدي أحمد بابا كان الله للجميع آمين.

الحمد لله

ابتدأ بالحمد اقتداء بكتاب الله تعالى وامتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل كلام لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أجذم» رواه أبو داود. والحمد: لغة هو الوصف بالجميل الاختياري على جهة التعظيم أو تقول هو الثناء باللسان على قصد التعظيم سواء تعلق بالنعمة أو بغيرها. والشكر: فعل ينبيء عن تعظيم المنعم لكونه منعماً سواء كان باللسان أو بالأركان أو بالجنان، فالحمد لا يكون إلا باللسان ومتعلقه يكون النعمة وغيرها، ومتعلق الشكر لا يكون إلا النعمة ومورده يكون اللسان وغيره. فالحمد أعم من الشكر باعتبار المتعلق وأخص باعتبار المورد والشكر بالعكس قاله التفتازاني. وحاصله؛ أن بينهما عموماً وخصوصاً من وجه، وفي تفسير الرازي في الفرق بين المدح والحمد والشكر أن المدح أعم من الحمد، لأنه يحصل للعاقل وغيره. ألا ترى أنه يمدح الياقوت على نهاية صفائه وصقالته فيقال: ما أحسنه وما أصفاه، والحمد لا يكون إلا للفاعل المختار على ما يصدر منه من الإنعام والإحسان، والحمد أعم من الشكر لأن الحمد عبارة عن تعظيم الفاعل لأجل ما صدر عنه من الإنعام سواء كان ذلك الإنعام واصلاً إليك أو إلى غيرك، وأما الشكر فهو عبارة عن تعظيمه لإنعام وصل إليك وحصل عندك قال: فثبت بما ذكرنا أن المدح أعم من الحمد والحمد أعم من الشكر انتهى باختصار. ولا يخفى ما فيه من المخالفة لكلام السعد وغيره. قال الرازي: ولم يقل الشكر لله لاقتضائه أن تعظيم العبد لله إنما هو لإيصال النعمة إليه وهذه درجة صغيرة، فأما إذا قال الحمد لله فهذا يدل على أن العبد حمده لكونه مستحقاً للحمد لا لخصوص كونه تعالى أوصل النعمة إليه فيكون الإخلاص أكمل واستغراق القلب في مشاهدة جلال الحق أتم اه.

قلت: ويأتي هذا المعنى على الطريقة الأولى وهي أن الحمد هو الثناء على المحمود بجميل صفاته تعالى بالنعمة أولى فيكون الحمد على هذا أثبت وأقوى لكون العبد حينئذ عظم مولاه لكمال ذاته وجلال صفاته لا من حيث إنعامه عليه ولا على غيره. والله علم على الذات الواجب الوجود المستحق لجميع المحامد، ولذا لم يقل للخالق أو الرازق أو نحوهما لئلا يتوهم اختصاص استحقاقه الحمد بوصف دون وصف، وأل في الحمد للاستغراق. وقيل: للجنس. وقال الشيخ أبو العباس المرسي: إنها للعهد وذلك أن الله تعالى لما علم عجز خلقه عن كنه حمده حمد نفسه في الأزل نيابة عن خلقه قبل أن يحمدوه، ثم أمرهم أن يحمدوه بذلك فقال له ابن النحاس: أشهدك يا سيدي أنها عهدية، قال الحطاب: وهو معنى حسن.

الذي يقضي

يحكم (ولا يقضى عليه) أي وكل قاض وحاكم سواه تعالى مقضي عليه من مولاه وممن ولاه فما أحراه أن يستشعر ذلك ويستحضر أنه مسؤول هنالك فيتوخى الإصابة للعدل ويذكر يوم القضاء والفصل وأن الذي بيده منه مجاز كموليه إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين} (**الأنعام:75**) (جل) عظم (شأناً) تمييز والشأن الأمر والحال قاله

الجوهري (وعلا) فعل عطف على جل أو مصدر على في المكارم من باب تعب علاء بالمد والفتح كما في المصباح وقصره ضرورة، وقول الشيخ (م) اسم مصدر فيه نظر وعلى أنه مصدر يكون عطفاً على شأناً أي عظم أمره وعلاؤه ثم لا خفاء في حسن هذا المطلع واشتماله من البديع على براعة الاستهلال وهي أن يأتي المتكلم في أول كلامه بما يشعر بمقصوده على أنه مقتضب من قول ابن الحاج عصري ابن رشد في أرجوزته في القضاء المسماة بالياقوتة الحمد لله القديم الباقي البارىء المصور الخلاق الحكم العدل الذي لا يسأل في الأرض والسماء عما يفعل، والملك الحق الذي يقضي ولا يقضى عليه جل قدراً وعلا سبحانه من واحد تعاظماً وعلم العلم أبانا آدما. (ثم الصلاة) أي صلاة الله تعالى أي ثناؤه أو رحمته أو تشريفه وتعظيمه. قال المبرد: أصل الصلاة الترحم وهي من الله رحمة ومن الملائكة رقة واستدعاء للرحمة. وقال أبو العالية: صلاة الله ثناؤه عليه عند ملائكته وصلاة الملائكة الدعاء. قال القشيري: هي من الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم تشريف وزيادة تكرمة. (بدوام الأبد) حركة الفلك. وفي القاموس: الأبد الدهر والمجرور متعلق بمحذوف خاص أي حال كونها مؤقتة بدوام الدهر. (على الرسول المصطفى) كلاهما مقرونان بأل علم بالغلبة على سيدنا (محمد) فهو بدل، والمصطفى المختار أي من جميع الخلق فحذف المتعلق للعموم (وآله) أقاربه المؤمنون من بني هاشم، وقيل والمطلب (والفئة) الجماعة (المتبعة) له صلى الله عليه وسلم وهو بكسر الباء فيشمل الصحابة والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين (في كل ما قد سنّه) أي جعله سنّة أي طريقة في الدين (وشرعه) عطف تفسير (وبعد) هي من الظروف اللازمة للإضافة، وإذا قطعت عنها لفظاً ونوي معنى المضاف إليه بنيت لافتقارها إلى المضاف إليه معنى كافتقار الحروف لغيرها على الضم أي وبعد الحمد والصلاة (فالقصد) أي الغرض المقصود (بهذا) النظم (الرجز) هو أحد بحور الشعر الخمسة عشر المجموعة في قول القائل:

طويل مديد والبسيط ووافروكاملهم هزج ورجز مع الرملسريع ومنسرح خفيف مضارعومقتضب مُجتث متقارب كمل

وسكن عين الهزج والرجز وتاء متقارب ضرورة وهو مسدس الدائرة، ووزنه مستفعلن ست مرات (تقرير) تبيين وتوضيح (الأحكام) بنقل حركة الهمزة للام بعد حذفها لإقامة الوزن جمع حكم، والمراد به الفقه المقرر في الكتب المعتمدة كالمدونة وغيرها ليفصل به بين الخصوم (بلفظ موجز) قليل الحروف كثير المعاني (آثرت) قدمت واخترت: **ويؤثرون على أنفسهم}** (الحشر:9) قال البيضاوي: يقدمون المهاجرين عليهم (فيه) في هذا الرجز (الميل) الجنوح والركون (للتبيين) مصدر بين إذا وضح (وصنته) حفظته (جهدي) بالضم طاقتي ووسعي (من التضمين) توقف معنى البيت على الذي بعده وهو من عيوب الشعر. قال الخزرجي:

وتضمينها إحواج معنى لذا وذا. وقال ابن الحاجب في لاميته:

تضمينهم أن يكون البيت مفتقرا

إلى الذي بعده كأنه وصلا

قيل: وفيه تعريض لنظم الإمام ابن الحاج الذي مر آنفاً فإنه فيه كثير ومنه قوله في رجوع الشاهد عن شهادته:

وإن يك الرجوع بعد الحكم لم

يجز ويغرم امتثالاً للحكم

جميع ما أتلف بالشهادة

فصل وفي بدء وفي إعادة

يلزم من يقضي بأن يسعف من

كلفه الكتب لحكام الزمن

بما به قضا وما قد ثبتا

والعمل اليوم وما إن مقتا

على قبول كتب القضاة

من غير إشهاد لها ويأتي

منع القبول مع ما عليه

عملنا وصوغنا إليه

على أن ذلك مغتفر ومقبول بالنسبة لما أفاده وجمعه كما قال في خطبته:

وقد نظمت بعد أحكام القضا

مبتغياً أجراً ونيلاً للرضا

في رجز خولط بالسريع

على طريق المحدث المتبوع

مستعملاً ما شذ من زحاف

وبعض ما قد عيب في القوافي

وذاك مغفور لدى من أنصفا

في جنب ما جئت به معرفا

وجئت في بعض من المسائل بالخلف رعيا

يعني أنه يقتصر في غالب المسائل على قول واحد لمشهوريته أو تقرر العمل به ولا يذكر مقابله أصلاً وفي بعضها يحكي الخلاف وما في المسألة من قولين أو أقوال أو بعضها لغرض وهو ما بينه بقوله: (لاشتهار القائل) بذلك القول الذي يحكيه مع الآخر، وذلك صادق بأن يتساوى القولان عنده مع اتحاد قائلهما أو اختلافه فيذكرهما كذلك من غير ترجيح كقوله في البيوع:

والقصب الحلوبة قولان

كورق التوت هما سيان

وقوله:

والخلف في الخفي منه والحلف

أو مع التنبيه على رجحان أحدهما كقوله:

والبيع مع براءة إن نصت

على الأصح بالرقيق اختصت

وبعضهم فيها الجواز أطلقا

أو العمل به كقوله:

وإن يفت فالقول للذي اشترى

وذا الذي به القضاء قد جرى

أو يكتفي بمجرد التصدير بقول ثم يحكي غيره كما في غير موضع هذا معنى كلامه وإن كان يأتي بالخلاف لاشتهار القول أو لكون العمل به وإن لم يكن قائله مشهوراً، بل بيان المعمول به وما يتعين المصير إليه في الحكم هو المقصود في هذا النظم ولا يعني بذلك مراعاة الخلاف الذي هو إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر لأن هذا من دأب المجتهدين الناظرين في الأدلة فحيث يترجح عندهم دليل الغير أعملوه وحيث لا أهملوه، والناظم إنما هو ناظم لكلام الفقهاء المتقدمين وليس من المجتهدين، وقد أطال الشارح هنا الكلام على مسألة مراعاة الخلاف وما فيها من الأبحاث وهي من حسان المسائل كما قال: إلا أنه لا يصح أن يشرح بها كلام المصنف، ولا أن تكون مراده كما اقتضاه آخر كلامه (فضمنه) أي مضمون هذا الرجز (المفيد) أي مفيد الحكام لابن هشام (والمقرب) لابن أبي زمنين (والمقصد المحمود) لابن القاسم الجزيري (والمنتخب) لابن أبي زمنين أيضاً ولا يعني الناظم أن جميع ما في هذه الكتب تضمنه هذا النظم بل ولأجله، وإنما يعني أن فيه فوائد ونفائس منها وكأنه خصها بالذكر لتتم له التورية مع اقتضاء كلامه أن كتابه مفيد مقرب محمود منتخب، وكثيراً ما يحاذي عبارة ابن سلمون فلو قيل إنه مضمنه ما بعد. (نظمته) جمعته من نظمت العقد إذا جمعت جواهره (تذكرة) أي لأجل أن يتذكر به العالم مثله ما ذهل عنه يريد وتبصرة لمن لم يكن علم بما فيه فيكون كقول ابن بري:

يكون للمبتدئين تبصره

وللشيوخ المقرئين تذكره

وقول العراقي:

نظمته تبصرة للمبتدي

تذكرة للمنتهى والمسند

وحين تم

كمل (بما) أي بأحكام ما (به البلوى) أي المحنة. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم في عثمان: «ائذن له وبصره بالجنة على بلوى تصيبه». والمراد محنة القضاء لمن ابتلى به (تعم) خير البلوى (قد ألم) أي أشعر وأفاد، والجملة حال من فاعل تم وبما

متعلق بألم. والمعنى: وحين تم النظم وكمل في حال كونه مشعراً بأحكام القضاء الذي تعم به البلوى (سميته بتحفة الحكام) والتحفة ما يتحف به الرجل من البر واللطف (في نكت) بالمثناة التنبيه على ما ينبو عنه النظر، ولا يدرك بسرعة (العقود) الوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين في بيع أو شراء أو غيره (والأحكام) جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي الخصمين أو أحدهما موافقاً للشرع. قال الشارح: فإن قيل: هذه التسمية تشعر بأن له في الوثائق كلاماً وهو إنما تكلم على الأحكام. فالجواب: إنه تكلم على العلم الذي تنبني عليه الوثائق، وحاصل مبناها على الاحتياط والخروج من الخلاف كإذن المضمون ورضاه وسيقول. ولا اعتبار برضا من ضمنا وإنزال البائع المشتري فيما اشتراه من الأصول للخروج من خلاف أشهب، وقوله: إن الضمان لا يكون فيها إلا على القبض اه. على أن الناظم قد ذكر جملة من ذلك كقوله في باب الهبة:

وحيث جاز الاعتصار يذكر

وقوله:

وضمن الوفاق في الحضور

إن كان الاعتصار من كبير

وكلامه أيضاً مشعر بتأخير الخطبة عن نظم الكتاب، والفراغ منه (وذاك) المذكور من النظم والتسمية كان (لما) أي حين (أن) زائدة (بليت) امتحنت (ب) خطة (القضا)ء سيأتي (بعد شباب) الحداثة أو عبارة عن كمال القوى واستجماع الخلقة. وقال السعد: هو عبارة عن كون الحيوان في زمان تكون حرارته الغريزية مشبوبة أي قوية مشتعلة اه. (مر عني وانقضى) وكانت ولايته للقضاء بمدينة وادي آش في صفر عام عشرين وثمانمائة، ثم ولي القضاء بحضرة غرناطة عام أربعة وعشرين قاله ولده اه.

قلت: ولا شك في ذهاب الشبيبة منه حينئذ وتوليها عنه لبلوغه الستين على ما مر في تاريخ ولادته كان الله تعالى لنا وله في جميع الأحوال. (وإنني أسأل) أطلب (من رب) هو في الأصل المالك والمصلح من التربية وهي نقل الشيء من حال إلى آخر حتى يبلغ ما أراده المربي والمراد هنا الله تعالى (قضى) قدر وحكم (به) أي بالقضاء (على الرفق) أي اللطف (منه في القضا) أي القدر (والحمل) أي إطاقة الحمل لأعباء ما كلفته من خطة القضاء كقول حسان:

خير البرية أتقاها وأعدلها

بعد النبي وأوفاها بما حملا

والتوفيق

خلق القدرة على الطاعة وهو والحمل معطوفان على الرفق (أن أكون من أمة) جماعة يهدون (بالحق) وبه (يعدلون حتى أرى) غاية لما قبله أي أسأله تعالى أن يلطف بي ويوفقني حتى أكون (من مفرد الثلاثة) يشير لما رواه النسائي من حديث أبي هريرة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق و لم يقض به وجار فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو

في النار». (وجنة الفردوس لي وراثة) جملة حالية من مرفوع أرى وفيه تلميح للآية والحديث **قال تعالى: أولئك هم الوارثون الذين يرثون الفردوس هم فيها خالدون**} (المؤمنون:11) قال ابن عطية: والفردوس مدينة الجنة وهي جنة الأعناب، واللفظة فيما قال مجاهد رومية وعربت، والعرب تقول للكروم فراديس، وقال صلى الله عليه وسلم لأم حارثة: «إنها الجنان وإن ابنك قد أصاب الفردوس الأعلى» اه. ولفظ البخاري في فضل من شهد بدراً عن أنس أصيب حارثة يوم بدر وهو غلام فجاءت أمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله قد عرفت منزلة حارثة مني فإن يك في الجنة أصبر وأحتسب، وإن تك الأخرى تر ما أصنع، فقال: «ويحك أو هبلت أو جنة واحدة هي أنها جنان كثيرة وأنه في جنة الفردوس». ويروى: «الجنة مائة درجة، أعلاها وأوسطها الفردوس منها تفجر الأنهار وعليها العرش، فإذا سألتم الله فاسألوه الفردوس» لا أحرمنا الله منها آمين.

باب القضاء وما يتعلق به

قال ابن فرحون في تبصرته: اعلم أن أكثر المؤلفين بالغوا في التحذير من ولاية القضاء حتى تقرر في ذهن كثير من الفقهاء والصلحاء أن من ولي القضاء فقد سهل عليه أمر دينه وألقى بيده إلى التهلكة، وهذا غلط فاحش بحيث تجب التوبة منه، والواجب تعظيم هذا المنصب الشريف ومعرفة مكانته من الدين فبه بعثت الرسل وبالقيام به قامت السموات والأرض وجعله صلى الله عليه وسلم من النعم التي يباح التحاسد عليها فقال: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالاً فسلطه على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها الناس» وقال: «سبعة يظلهم الله بعرشه يوم لا ظل إلا ظله إمام عادل». وما جاء من الوعيد في ذلك، إنما هو في حق قضاة الجور من العلماء، وفي حق الجهال الذين يدخلون أنفسهم في هذا المنصب بغير علم اه (ح). وقوله: إن المبالغة في التحذير من القضاء غلط فاحش ليس كما قال، وإنما هو من باب النصيحة والاحتياط في الدين، فإن النفوس مجبولة على حب الدنيا والإمارة والميل للأقارب وذوي الجاه، ومن يعاملها بالجميل وذلك من أسباب الوقوع في الخطأ.

دعا بعض خلفاء بني العباس ابن أبي ذئب ومالك بن أنس وأبا حنيفة إلى القضاء وبدأ بمالك فاعتذر بأن قال: إني رجل محدود. وقال ابن أبي ذئب: إني حقير في نفسك لا ينبغي أن أشركك في حكمك. وقال أبو حنيفة: إني مولى ولا يصلح أن يلي القضاء مولى فقبل عذرهم بما علم الله منهم من صدق النية. ودعي أبو قلابة إلى قضاء البصرة ففر إلى الشام فقيل له: لو وليت فعدلت وأنت من تعلم. فقال: كم عسى أن يسبح من وقع في البحر. ولما ولي شريك القضاء قيل: أي رجل أفسدوا؟ ولما ولي سحنون قال بعض أهل الأندلس: وددنا والله أن لو رأيناك على أعواد نعشك ولا نراك في هذا المجلس. وكتب سلمان إلى أبي الدرداء بلغني أنك جعلت طبيباً تداوي فإن كنت تبرىء فنعما وإن كنت متطبباً فاحذر أن تقتل إنساناً فتدخل النار، فكان أبو الدرداء إذا قضى بين اثنين ثم أدبرا نظر إليهما ثم قال: ارجعا إلي أعيدا علي قضيتكما متطبب والله صح من المفيد وأنشدوا:

إن السلامة من سلمى وجارتها

أن لا تحل على حال بواديها

والقضاء لغة قال الجوهري: الحكم وقال الأزهري: يطلق على وجوه مرجعها انقضاء الشيء وتمامه. وقال غيرهما: الإلزام قضينا عليه الموت ألزمناه إياه وشرعاً قال ابن راشد: الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام، وقال ابن طلحة: معناه

الدخول بين الخلق والخالق ليؤدي فيهم أمره بواسطة الكتاب والسنة. وقال القرافي: حقيقة الحكم إنشاء إلزام أو إطلاق، فالإلزام كحكمه بالنفقة والشفعة ونحوهما والإطلاق كحكمه بزوال الملك عن أرض زال الأحياء عنها أو زوال ملك العائد عن صيد ند أو أحرم ربه بحج أو عمرة حازه ثان أم لا فيهما. وقال ابن عرفة: صفة حكيمة توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والولاية العظمى. وقول بعضهم: هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره اه. قوله: نفوذ هو بالذال المعجمة أي مضيه ولزومه لا حصول التعيين في نفس الأمر لتعذره في الحكم على الجبابرة فهو مساوٍ لكلام القرافي ولا يحتاج لتقدير أي لزوم نفوذ خلافاً للشيخ (ح) وإنما يحتاج لذلك إذا جعل نفوذ بمعنى تنفيذ وإضافة حكم إلى الضمير وهو معرفة تفيد العموم أي نفوذ جميع أحكامه وبه تخرج ولاية الشرطة وأخواتها فإنها خاصة ببعض الأحكام كالحسبة بأحكام السوق قوله: ولو بتعديل أو تجريح هو مبالغة في مقدر أي نفوذ حكمه في كل شيء حكم به ولو بتعديل أو تجريح ولم يظهر وجه للمبالغة عليهما بخصوصهما.

فإن قيل: لكونه يستند لعلمه فيهما؟ قلنا مثلهما تأديب من أساء عليه وضرب خصم ولو بالغ على إقامة الحدود فإن فيها خلافاً، والمشهور أن له إقامتها كما هو ظاهر خلافاً للقرافي ولا تخرج التأجيلات لأنها أحكام ينبني عليها ما يأتي بعده، وأما الثبوت وهو قول القاضي: ثبت عندي كذا وإنما يكون ذلك بعد كمال البينة والإعذار فيها، فاختلف فيه على قولين، أحدهما: أنه حكم ولا يخفى دخوله في الحد حينئذ، والثاني: أنه ليس بحكم وهو الصحيح وألف فيه القرافي وغيره وعليه فهو خارج بقوله نفوذ حكمه الشرعي هذا هو التحرير.

واعلم أن القضاء فرض كفاية لأن الإنسان لا يستقل بأمور دنياه إذ لا يمكن أن يكون حراثاً طباخاً بزازاً خرازاً إلى غير ذلك مما يفتقر إليه فاحتاج إلى غيره، وبالضرورة يحصل الخصام والتشاجر والتواثب فاحتيج إلى من يُفصل بين الناس ويمنع بعضهم من بعض، ولهذا وجب نصب الخليفة لكن نظره أعم. ولما كان هذا الغرض يحصل بواحد كان فرض كفاية، فإن لم يوجد إلا واحد ممن يصلح له تعين (خ): ولزم المتعين أو الخائف فتنة إن لم يتول أو ضياع الحق القبول والطلب وأجبر عليه وإن يضرب، وكان ذلك في زمن النبوة موقوفاً على النبي صلى الله عليه وسلم بنفسه لأنه المتلقي لما أنزل إليه من ربه لا يولي أحداً فيما حضره ولا يتقدم أحد بين يديه ولا يعترض بقول أبي بكر: لا ها الله إذا لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه الحديث. لأنه جار مجرى ما يمضيه الوزير بين يدي الأمير، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «وزيراي من أهل السماء جبريل وميكائيل، ومن أهل الأرض أبو بكر وعمر». وجار مجرى الفتوى يتقدم إليها التلميذ بين يدي شيخه يظهر له فهمه ومبلغ ما عنده، وأما فيما غاب فبعث علياً ومعاذاً إلى اليمن وقال: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر». ولم تزل الخلفاء رضي الله عنهم على سيرة النبي صلى الله عليه وسلم في توليهم جميع ما حضرهم من الأحكام الشرعية من صلاة وبعث وترتيب جيش وغيرها إلى أن شغلت الخوارج بحربها علياً عن الوفاء بما سلكوا، فاستقضى شريحاً بالكوفة بموضع إقامته فيه فيقال: هو أول قاض في الإسلام، وقال المتيطي قال مالك: لم يكن في زمنه صلى الله عليه وسلم ولا في زمن الخلفاء قاض لأنهم كانوا يقضون بين الناس، وأول من استقضى معاوية وأنكر أن يكون علي استقضى شريحاً. وحكى ابن شعبان: أول من استقضى معاوية عبد الله بن نوفل ف الله أعلم بما كان. ثم لك أن تبقي القضاء في كلام المصنف على ظاهره من المصدرية وتقول: أكتفي بتعريف

القاضي لتضمنه إياه لأن الوصف أخص من المصدر، فيفهم منه أن القضاء هو تنفيذ الأحكام الشرعية أي إلزام تنفيذها نفذت أم لا، ولك أن تقول أطلق المصدر وأراد به الوصف أي القاضي، والأول أوجه، والمعنى باب ذكر شيء من أحكام القضاء كصفات القاضي الواجبة والمستحبة. وأركان القضاء وما يتعلق به من رفع المطلوب وتقييد المقال والجواب والتأجيل والإعذار، وغير ذلك مما عقد له فصولاً في الباب فالضمير في به للقضاء على كل حال، وعلى الثاني يكون فيه استخدام.

منفذ

أي هو أي القاضي منفذاً فهو خبر لمبتدأ محذوف (بالشرع) أي بمقتضى الشرع أي الشريعة وهي ما شرع الله لعباده (للأحكام) جمع حكم وهو ما يلزم به القاضي أحد الخصمين (له) أي القاضي (نيابة عن الإمام) أي عن صاحب الإمامة. وهي كما قال ابن سلمون عبارة عن نيابة شخص عن النبي صلى الله عليه وسلم في إقامة قوانين الشرع وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الأمة. وشروطها المتفق عليها ستة: الذكورة والبلوغ والحرية والعدالة والاجتهاد وأن يكون ذا رأي مصيب ونجدة في تجهيز الجيوش وسد الثغور وإقامة الحدود وضرب الرقاب بالحق وإنصاف المظلوم من الظالم لا يلحقه خور أي ضعف في ذلك وزاد أهل السنة كونه قرشياً لقوله صلى الله عليه وسلم: «الخلافة في قريش» ثم قال: والقضاء هو النيابة عن الإمام في تنفيذ الأحكام الشرعية وأول من استناب في ذلك علي بن أبي طالب انتهى. وأل في الأحكام للعموم وقوله: له نيابة إلى آخره أخرج به الإمام فهو من تمام الحد فلا يرد أنه غير مانع والجملة من قوله: له نيابة عن الإمام خبر ثان وإذا كان نائباً عنه فهو بمنزلة الوكيل له عزله متى شاء بسبب وبغير سبب وهذا بخلاف من أوصى له الإمام بالخلافة وقيل فليس له عزله بعد. والفرق أن القاضي وسائر العمال إنما ولاهم لينوبوا عنه في بعض الكلف التي عليه أن يقوم بها للمسلمين فله عزلهم كالموكل والولاية عليهم بعد موته ليست من الحقوق اللازمة له فالوصية بها حكم حكم به على المسلمين وأحكامه عليهم نافذة قاله المازري وقد أوصى أبو بكر وعمر وقال: لا أتحمل عهدتها حياً وميتاً وجعل الأمر شورى بين ستة.

واستحسنت

أي استحبت (في حقه) أي القاضي (الجزالة). قاله ابن رشد. وهي أصالة الرأي والقوة والإتقان والأحكام مصدر جزل فهو جزيل أي عاقل أصيل الرأي (وشرطه) أي وشروط صحة ولايته (التكليف) أي العقل والبلوغ. لأن المجنون والصبي لا يجري عليهما قلم ولا يلزمهما حكم، فكيف يلزمان الغير؟ ثم لا يكتفى في العقل بالعقل التكليفي من علمه بالمدركات الضرورية بل حتى يكون جيد الفطنة بعيداً من السهو والغفلة يتوصل إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أعضل قاله الماوردي. وهو مراد (خ) بقوله: فطن. وذكره ابن الحاجب أيضاً في شروط الصحة وفوق هذا الجزالة وهي مستحبة وفوقهما الزيادة في الدهاء، وتستحب السلامة منها (والعدالة) وتتضمن الإسلام لأن الكافر لم يجعل الله له على المؤمنين

سبيلاً والولاية من أعظم السبل، ولأن الكافر غير مأمون ولا موثوق به والعدل من يجتنب الكبائر ويتقي في الغالب الصغائر، والمباح الذي يقدح في المروءة. ولما أخذه بمفهومه بهذا المعنى احتاج إلى ذكر الحرية وإلاَّ ففي (خ) العدل حر مسلم الخ. وعليه فلا يحتاج لقيد الحرية.

وأن يكون ذكراً

لأن القضاء فرع الإمامة العظمى، وفي الحديث: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة». (حراً) لا شائبة رق فيه بحال لأن الرق أثر كفر والنفوس تأنف من الانقياد لمن عليه رق. قال الماوردي: وإذا كان الرق مانعاً من ولاية نفسه فأحرى من ولايته على غيره (سلم من فقد رؤية وسمع وكلم) ظاهره أن هذه من شروط الصحة وهو ظاهر ما في وثائق ابن سلمون، والمذهب أن فقدها موجب للعزل فتنعقد ولاية فاقدها وتنفذ أحكامه، ويجب عزله سواء ولي كذلك أو طرأ عليه قاله في التوضيح. وجرى عليه في (خ) فقال: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله واشترطت السلامة مما ذكر لعدم تأتي المقصود من الفهم والإفهام عند فقدها. وزيد في شروط الصحة مجتهد إن وجد وإلاَّ فأمثل أي أفضل مقلد يحكم بقول مقلده لا غير على المشهور، ولفظ ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، ابن عبد السلام: ينبغي أن يختار أعلم المقلدين وهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه؟ قولان. انتهى. وهي أحسن من عبارة (خ) لاقتضائها أن كونه أمثل مقلد واجب، وليس كذلك بل يستحب فقط، ويمكن أن يكون هو مراد ابن رشد بقوله: إن العلم فيه مستحب أي كونه أمثل مقلد وأفضل مجتهد والله أعلم. ثم لا يعتبر من أحكام قضاة زماننا إلا ما وافق المشهور أو الراجح أو ما به العمل زاد في التوضيح: وكونه واحداً فلا يجوز أن يفوض القضاء لاثنين على أن لا يتم الحكم إلا باجتماعهما (خ): وجاز تعدد مستقل أو خاص بناحية أو نوع. (ويستحب العلم فيه) قال الشارح: كون العلم في القاضي من الشروط المستحبة هو ما ذهب إليه ابن زرقون وابن رشد، وهو خلاف ما ذهب إليه عياض وابن العربي والمازري من كونه من الشروط الواجبة اه. وهذا هو الذي يقتضيه ما تقدم من شرط الاجتهاد الخ عياض: شرط العلم إذا وجد لازم، فلا يصح تقديم من ليس بعالم ولا ينعقد له تقديم مع وجود العالم المستحق للقضاء، لكن رخص فيمن لم يبلغ رتبة الاجتهاد إذا لم يوجد من بلغها،

وعلى كل حال فلا بد أن يكون له علم ونباهة وفهم بما يتولاه وإلا لم يصح له أمر اه. قلت: وعبارة المقدمات وأن يكون عالماً يسوغ له الاجتهاد وهي تفيد أن المستحب عنده علم خاص، وعلى كل فهو خلاف المشهور لأنه إذا وجد المجتهد لا يولى غيره، وإذا لم يوجد ووجد العالم فلا يصح تولية الجاهل أيضاً، هذا هو المذهب، فكيف يكون العلم فيه مستحباً مع أنه لا يميز بين الحق والباطل إلا بالعلم. (والورع) وهو ترك الشبهات أو التوقف في الأمور والتثبت فيها. مالك: لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد فإن اجتمع منها خصلتان ولي: العلم والورع. ابن حبيب: فإن لم يكن علم فعقل وورع فبالعقل يسأل وبالورع يقف (مع كونه الأصول) أي مدرك للأحكام من كتاب وسنة وإجماع (للفقه جمع) ليتأتى له الترجيح عند الاختلاف والاختيار عند التعارض.

تنبيه: حاصل ما ذكره المصنف من الصفات يرجع إلى ثلاثة أقسام: ما هو شرط صحة وذلك التكليف والعدالة والذكورة والحرية وما هو شرط في استمرار ولايته وذلك السلامة من الصمم والعمى والبكم، وجعل أصبغ العدالة من هذا القسم الثاني وما هو مستحب وذلك الجزالة والعلم على ما مشى عليه الناظم والورع وجمعه بين الفقه والحديث (خ) وندب ليشهر علمه كورع غني حليم نزيه نسيب مستشير بلا دين واحد زائد في الدهاء وبطانة سواء. وزاد ابن الحاجب كونه بلدياً ليعرف المقبولين والمسخوطين من الشهود. ابن عبد السلام: والولاة الآن يرجحون غير البلدي لأن البلدي لا يخلو من أعداء له، والغالب وجود المنافسة بينه وبين أهل بلده ثم ذكر محل جلوسه فقال:

وحيث

ظرف ليقعد وكذا المجرور بعده (لاق) أي صلح (للقضاء يقعد) اللخمي عن أشهب: لا بأس بجلوسه في منزله أو حيث أحب (وفي البلاد يستحب) له (المسجد) أي القعود بالمسجد والمروي عن مالك قال في المدونة: قال مالك: القضاء في المسجد من الحق وهو من الأمر القديم لأنه يرضى فيه بالدون من المسجد، وتصل إليه المرأة والضعيف. وروى ابن حبيب يجلس برحابه وهو أحسن لقوله صلى الله عليه وسلم: «جنبوا مساجدكم رفع أصواتكم وخصوماتكم».

تتمة: قال ابن شعبان: من العدل كون منزل القاضي بوسط مصره، والمستحسن أن يجلس مستقبل القبلة. المتيطي: وأن يكون متربعاً أو محتبياً وفي كراهة حكمه في مشيه أو متكئاً وإلزام يهودي حكماً بسبته وتحدثه بمجلسه لضجر قولان. وليجلس للحكم في أوقات معلومة يعرفها الناس فيأتونه فيها ولا يستغرقها حتى يكون كالأجير. مطرف وابن الماجشون: ولا يجلس للقضاء بين العشاءين ولا بالأسحار ما علمنا من فعله إلا لأمر يحدث فلا بأس أن يأمر وينهى ويسجن، أما الحكم فلا. وينبغي أن يكون على حالة الاعتدال فلا يحكم مع ما يشوش فهمه من غضب أو جوع أو عطش مفرطين ذا عبوسة من غير غضب مجتنباً التضاحك وكل ما يخل بالرتبة، وإن كان مباحاً كالبيع والشراء في مجلس قضائه إلا ما خف وطلب العواري والتماس الحوائج وقبول الهدية. قلت: بل هذه ممنوعة وعن إجابة الدعوة إلا الوليمة للحديث وإن تنزه عن الأكل فهو حسن ولا يضيق عليه فيه، وله عيادة المريض وشهود الجنائز والتسليم على الناس والرد عليهم (خ) وندب له اتخاذ من يخبره بما يقال في سيرته وحكمه وشهوده.

فصل في معرفة أركان القضاء

أي: أجزاء ماهية الحكم التي لا يتم بدونها واحتيج لمعرفة الأركان المذكورة لأن منها المدعي والمدعى عليه، وبمعرفتهما وتمييز أحدهما من الآخر يتميز وجه القضاء كما قال سعيد بن المسيب رضي الله عنه: من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء وهو الذي أشار له الناظم بقوله:

تمييز حال المدعي والمدعى عليه جملة القضاء جمعا

فلفظه حال مقحمة. وقوله (جملة) هو بمعنى الوجه. وأركان القضاء على ما ذكره الناظم ثلاثة: المدعي والمدعى عليه والمدعى فيه إذ لا يتصور قضاء أي حكم بدونها. وعدها ابن فرحون ستة وعبر عن المدعي بالمقضي له، والمدعى عليه بالمقضي عليه وهكذا فقال: وأركان القضاء ستة: القاضي والمقضى به والمقضى له والمقضى عليه والمقضى فيه وكيفية القضاء اه. والكل صحيح فإن الطالب في أول الأمر مدع، فإذا حكم له صار مقضياً له وهكذا. ومراده بالمقضى به الحكم من كتاب أو سنة أو إجماع كما قال: إلا أن هذا بالنسبة للمجتهد، وأما الآن فليس إلا المقلد فيحكم بقول مقلده المتفق عليه أو المشهور أو الراجح أو ما به العمل، ولا يعتبر من أحكام قضاة الوقت ما خالف ذلك وينقض كما قاله ابن عرفة والبرزلي وغير واحد، وأما الكيفية فقال: إنها تتوقف على أشياء كمعرفة ما هو حكم فلا يتعقب وما ليس بحكم فيتعقب ومعرفة ما يتوقف على حكم الحاكم وما لا، وما يدخله الحكم من أبواب الفقه وما لا، والفرق بين الثبوت والحكم اه. وفي عد ما ذكر من الأركان تسامح والقاضي تقدم الكلام عليه وما يشترط فيه صحة وكمالاً والثلاثة الأخر في كلام الناظم:

فالمدعي من قوله مجرد من أصل أو عرف بصدق يشهد

أو بمعنى الواو إذ لا بد من التجرد من الأمرين، وحينئذ يكون مدعياً أما إذا تجرد من أحدهما فقط ووجد الآخر فهو مدعى عليه كما قال: (والمدعى عليه من قد عضدا) أي قوي (مقاله عرف) كاختلاف الزوجين في متاع البيت، فللمرأة المعتاد للنساء كالمرآة فإن العرف يشهد لها ويقوي قولها، فيكون الزوج فيها مدعياً وهي مدعى عليها فتأخذها بيمينها، والسلاح مثلاً إذا اختلفا فيه بالعكس وكدعوى الشبه في مسائل النزاع في البيع والقراض وغيرهما (أو أصل) كدعوى شخص ديناً قبل آخر فهو مدع، والآخر المنكر مدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة وله (شهدا) وكمن ادعى ملكية شخص ليس في حوزه فأنكره، وادعى الحرية فإنها الأصل فصاحبها مدعى عليه.

وقيل

في تعريف المدعي والمدعى عليه أيضاً:

من يقول قد كان ادعا

و لم يكن لمن عليه يدعى)

وهو في المقدمات عن ابن المسيب قال: كل من قال قد كان فهو مدعٍ وكل من قال لم يكن فهو مدعى عليه اه. ونقض هذا التعريف بدعوى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها. وقال هو أنفقت فهي مدعية وهو مدعى عليه لشهادة العرف، والتعريف يقتضي العكس لأنها نافية وهو مثبت. وقيل في تعريف المتداعيين أيضاً: إن كل طالب فهو مدعٍ وكل مطلوب فهو مدعى عليه، ونقض باليتيم يطلب ماله بعد البلوغ والرشد ويدعي الوصي أنه دفعه له، فالقول لليتيم لأن الأصل وهو بقاء المال تحت يد الوصي يشهد له فهو مدعى عليه مع أنه طالب والآخر مطلوب وينتقض التعريفان معاً في خلوة الاهتداء إذا ادعى الزوج عدم المسيس وادعته الزوجة وطلبت الصداق فإنها مدعى عليها لشهادة العرف لها، والتعريفان يقتضيان أن تكون مدعية لأنها طالبة وتقول: قد كان فلا يصح إلا الأول ولا يصح الجواب بأن هذا إذا قلنا: إن من شهد له أصل أو عرف مدعى عليه، وأما إذا قلنا: إنه مدع قام له شاهد، فلا فرق بين العبارات الثلاث لأن هذا القول غير معروف. وقد أخبرنا شيخنا أبو البقاء رحمه الله بأنه بحث عنه فلم يجده ولأنه يؤدي إلى في يمين الإنكار إذ اليمين حينئذ لتكملة النصاب، ولأنه يقتضي أن من شهد له الأصل أو العرف إذا قام له شاهد استحق الشيء بغير يمين، ولأن العبارة الأولى لا تصدق في دعوى المرأة المسيس في خلوة الاهتداء، لأن جعل العرف بمنزلة شاهد لا ينفي أنه عضد مقالها عرف فلا يصدق عليها تعريف المدعي والله أعلم.

والمدعى فيه له شرطان

أحدهما (تحقق الدعوى) أي تحقيقها بأن يقول لي عليه كذا، واحترز به من أشك أو أظن أن لي عليه كذا، وهذا على أن يمين التهمة لا تتوجه، وثالثها إن كانت على متهم، ورابعها إن قويت وعليه مر المصنف إذ قال:

وتهمة إن قويت بها تجب

يمين متهوم وليس تنقلب

مع البيان

أي للمدعى فيه من ثوب أو فرس أو عدد من دراهم أو غيرها، واحترز به من لي عليك شيء فلا تسمع الدعوى به. وقال المازري: تسمع البساطي وهو الصواب لقولهم يلزم الإقرار بشيء ويرمز بالتفسير ويسجن له فالبيان في كلام المصنف راجع للعلم والتصور أي: لا بد أن يكون الشيء المدعى متصوراً في ذهن المدعي والمدعى عليه، والقاضي والتحقيق راجع للتصديق فلا يغني أحدهما عن الآخر كما لابن عبد السلام في كلام ابن الحاجب، ولا بد أيضاً من بيان

السبب الذي ترتب من أجله الحق بأن يقول: من بيع مثلاً لاحتمال أن يكون من قمار فلا يلزم المطلوب، فإن لم يذكره المدعي فللمدعى عليه السؤال عنه، فإن غفل أو جهل سأله الحاكم فإن قال: نسيته ففي (خ) ولمدعى عليه السؤال عن السبب وقبل نسيانه بلا يمين، وعليه اقتصر ابن سلمون. وقال الباجي: بيمين لأنه قد يذكر ما يجد المطلوب منه مخرجاً، وعليه اقتصر الشارح، ويمكن أن يحمل قول الناظم تحقق الدعوى على ما يشمل شرطي القطع وتعين المدعى فيه، وقوله: مع البيان على بيان السبب فقط، والأول أظهر وما جعله الناظم شرطاً في المدعى فيه جعله ابن فرحون كغير واحد شرطا الدعوى أي في صحتها وزادوا ثلاثة أخر وهي أن تكون الدعوى بحيث لو أقرّ بها المطلوب لزمه احترازاً من السفيه يدعى عليه ببيع أو نحوه، ومن دعوى الهبة على القول الشاذ وهو أنها لا تلزم بالقول، وأن يتعلق به غرض صحيح احترازاً من الدعوى بعشر سمسمة وأن لا يكذبها العرف أو العادة احترازاً من مسألة الحيازة كأن يدعي شخص على آخر في أصل حازه يتصرف فيه بالهدم والبناء عشر سنين والمحوز عليه حاضر ساكت بلا مانع، ثم قام بعد يدعي فيه، فهذا لا تسمع دعواه سماعاً يوجب قبول بينته وإلاَّ فلا بد أن يؤمر المدعى عليه بالجواب فيقر فيؤدي ما أقرَّ به أو ينكر فيحلف على ما صرح به ابن رشد وهو الراجح، وقيل: لا يمين عليه وهو ظاهر، نقل ابن يونس. قال الحطاب: فليس معنى هذا الشرط أنه لا تسمع الدعوى ولا يؤمر المطلوب بجواب كما في الشروط قبله فافهم، ثم هذه شروط الدعوى، وأما الدعوى نفسها فقال القرافي: هي طلب معين كهذا الثوب أو ما في ذمة معين كالدين والسلم أو ادعاء ما يترتب عليه أحدهما أي ما يترتب عليه المعين كدعوى المرأة على زوجها الطلاق أو الردة لتحرر نفسها، وهي معين، أو ما يترتب عليه ما في ذمة معين كدعوى المسيس أو القتل ليترتب الصداق أو الدية في ذمة العاقلة المعينة بالنوع.

والمدعي مطالب بالبينة

لقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وإنما يطالب بالبينة إذا أنكر المطلوب، وإلاّ أقر الخصم وارتفع النزاع والبينة تشمل الشاهدين والأربعة والشاهد مع اليمين والمرأتين على اختلاف المدعى فيه. (وحالة العموم فيه) أي في المدعي من كون صالحاً أو طالحاً (بينة) لا بد من بينة كيف ما كان. قال ابن ناجي: ينبغي أن يستثنى من كلام أهل المذهب مسألتان فإن المدعي يقبل قوله فيهما من غير بينة إحداهما. مسألة التدمية عند مالك والليث، والثانية المحتملة غصباً إذا ادعت الوطء فلها الصداق (والمدعى عليه) مطالب (باليمين) فهو مبتدأ.k وباليمين خبره متعلق بخاص وليس عطفاً على المدعي وباليمين على بالبينة لئلا يلزم العطف على معمولي عاملين مختلفين، وظاهره أن اليمين تجب ولو لم تكن خلطة وهو قول ابن نافع وابن عبد الحكم، وأخذ به ابن لبابة وبه العمل بالأندلس وغيرها، وفي سماع أصبغ أن مذهب مالك وأصحابه الحكم بالخلطة. وثالثها: إن طلبها المدعى عليه. ورابعها وهو ما قال ابن الهندي أن بعضهم كان يتوسط إن ادعى الرجل على غير شكله، ومنه دعوى الرجل على المرأة فهي واجبة وإلاَّ فلا. ثم لا بد من تقييد اليمين بما إذا كانت الدعوى في المال أو ما يؤول إليه وإلاَّ فكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها كما هو مقيد بقوله: (في عجز مدع عن التبيين) أي إثبات الحق ببينة أو بشاهد وإلاَّ قضى له ولا تنفع المدعى عليه اليمين، وإذا كان المدعي في بلد كجيان أو تطوان مثلاً. والمدعى عليه في قرطبة أو فاس، وأراد المدعي رفع المدعى عليه إلى بلده

ليحاكمه لكون المدعى فيه هنالك لم يكن له ذلك (والحكم في المشهور حيث) هو (المدعى عليه) نازل أو مقيم (في الأصول و) في (المال) أي المعين كثوب وفرس (معاً) قال في كتاب الجدار، وسئل عيسى عن الرجل من أهل قرطبة تكون له الدار أو الحق بجيان فيدعي ذلك رجل من أهل جيان

فيريد الجياني مخاصمة القرطبي عند قاضي جيان حيث الشيء المدعى فيه أيرفع معه القرطبي إلى هنالك؟ قال: لا، وإنما يكون الحكم بينهما حيث المدعى عليه. قال ابن حبيب: ولا يلتفت إلى حيث المدعي ولا إلى حيث الدار التي ادعيت اه. فإن كانت الدعوى في دين أو لم يكن المطلوب في بلده فأشار له بقوله: (وحيث يلفيه بما في الذمة) من دين أو شبهه كقصاص (يطلبه) قال ابن حبيب: وكذلك إذا كان العقار يعني أو الثوب بالموضع الذي يتعلق به يحبسه لمخاصمته في ذلك الموضع اه. وإليه أشار بقوله: (وحيث أصل ثمه) قال: وإن كان المدعى فيه في غير الموضع الذي تعلق به فليس للمدعي أن يحبسه للمخاصمة حيث تعلق به اه. فتحصل أن ما في الذمة يطالبه به حيث كان، والأصل والعين إنما يطالبه به ويخاصمه إذا كان المطلوب في بلده أو كان معه الشيء المطلوب (و) إذا اجتمع لدى القاضي خصوم.

قدم

أي قدم القاضي في الفصل والحكم (السابق للخصام) مجيئاً إلا أن يكون فيهم مسافر أو يخشى فوات ما فيه خصومة فيبدآن كما قاله اللخمي وغيره. (والمدعي) أي وقدم القاضي أيضاً المدعي من الخصمين (للبدء بالكلام) ويسكت الآخر حتى يفرغ المدعي من دعواه، فإن صحت دعواه باستجماع شروطها أمر الآخر بالجواب وإلاّ صرفه عنه. قال ابن أبي زمنين: من شأن حكام العدل إذا وقف عند أحد منهم خصمان أن يقول لهما: من المدعي منكما؟ قال أحدهما: أنا. قال له: تكلم، فإن قال: كل واحد منهما: أنا المدعي أمرهما بالارتفاع عنه حتى يأتي أحدهما أولاً وهو قوله:

وحيث خصم حال خصم يدعي فاصرف ومن يسبق فذاك المدعي

فإن جهلا السابق في المسألة الأولى أو رجعا دفعة ولجا في الخصومة في المسألة الثانية أقرع بينهما وإلى ذلك أشار بقوله: (وعند جهل سابق أو) جهل (مدعي من لج إذ ذاك لقرعة دعي) قال في المفيد: وإذا قال كل منهما: أنا المدعي أخرجهما حتى يأتي أحدهما فيكون هو المدعي قاله الباجي، وفي المعونة: إذا تشاحا في ذلك أقرع بينهما اه. فقول (م): لم أقف على القرعة إذا جهل المدعي، ولعل الناظم قاسه على جهل السابق في الخصوم اه. غير صواب وقد نقله أيضاً ابن سلمون عن المعونة، وفي الشامل: وبدىء مدع عرف وإلا فالجالب فإن جهلا و لم يتفقا أقرع بينهما وقيل: يبدأ بمن شاء الحاكم والضعيف أولى اه. وهو لابن عبد الحكم والله تعالى أعلم.

فصل في رفع المدعى عليه

لمجلس الحكم (وما يلحق به) أي بالرفع المذكور من الطبع على من أبى الحضور، ومن أجرة العون على من تكون. واعلم أن الخصمين لا يخلو أمرهما إما أن يحضرا معاً عند القاضي متفقين على المدعي أو مختلفين وقد مر ذلك، وأما أن يحضر الطالب فقط. وفي هذه إما أن يكون المطلوب في غير محل ولاية القاضي وفيه صورتان، إحداهما: أن يكون حلوله به أي بغير محل ولاية القاضي لتجر ونحوه وهو من أهل بلد القاضي، وسيأتي الكلام عليه في فصل الحكم على الغائب من باب البيوع، والثانية: أن يحل به لكونه بلده وقد تقدم عند قوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ. وأما أن يكون في محل ولاية القاضي وله ثلاثة أحوال لأنه إما أن يكون في البلد أو على مسافة قريبة أو بعيدة حساً أو حكماً وعلى هذه الثلاث تكلم الناظم هنا فقال:

ومع مخيلة

أي دليل (بصدق الطالب) ومخايل الصدق دلائله (يرفع) القاضي (بالإرسال) إليه والبعث وراءه (غير الغائب) يعني الحاضر في البلد وهو أحد الثلاث (و) الثاني (من على يسير الأميال يحل) اليزناسي: كالفرسخ والبريد ونحوه مع الأمن في طريقه. ووصوله إلى القاضي، (فالكتب) إليه بأن يحضر مجلس الحكم (كاف فيه) عن بعث رسول يجلبه وهذا (مع أمن السبل). وفي (خ) وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدوى. الزرقاني: هي مسافة القصر على المعتمد لا أكثر كستين ميلاً إلا بشاهد (و) الثالث (مع بعد أو مخافة كتب. لأمثل القوم) الذين هو فيهم أي أفضلهم (أن افعل ما يجب) من النظر المؤدي للتناصف بين الخصمين (إما بإصلاح) بينهما (أو الإغرام) للمطلوب حيث ظهر الحق وتوجه الحكم عليه (أو أزعج المطلوب) أي أرفعه (للخصام) عند القاضي المرسل وروى ابن حبيب في سماع أصبغ أن الموضع إذا كان بعيداً فلا يكتب القاضي برفعه، وليكتب إلى من يثق به في فهمه ودينه أن انظر فيما يدعيه فلأن قبل فلان واسمع منهما، ثم اكتب إلينا بما ثبت عندك ورأيته في ذلك لننظر فيه، فإذا نظر القاضي فيما جاء فإن رأى أن يكتب إليه بإنفاذ الحكم فعل، وإن رأى أن يرفعا إليه ليحكم بينهما فعل اه. وما ذكره المصنف من قيد المخيلة هو ما قاله سحنون قال ابن عرفة: وظاهر ابن أبي زمنين يرفع وإن لم يأت الطالب بشبهة وبه العمل.

فرع: وإن منع القاضي من الاستخلاف أو أذن له فيه نصاً أو عادة فلا إشكال وإلا فإن كان لعذر جاز وفي المرض والسفر قولان: وإن لم يكن عذر لم يستخلف إلا لوسع عمله فيستخلف في جهة بعدت عمن يعلم ما استخلف فيه.

ومن عصى الأمر

أي أمر القاضي حين أرسل وراءه أو أمر أمثل القوم المكتوب إليه وتغيب بعد (و لم يحضر طبع. عليه ما يهمه) شأنه مما لا مندوحة عنه من دار أو حانوت ل (كي يرتفع) ففي كتاب ابن سحنون: أن أباه كان إذا كتب إلى أحد من أمنائه برفع الخصم فكتب إليه الأمين: إن المرفوع عصى أو ألد كتب إليه أن يعقل عليه ضياعه ومنافعه، وأن يسد بابه حتى يضطره إلى الارتفاع نقله الشارح. وفي ابن سلمون: وإذا امتنع الخصم من الحضور وتغيب وثبت ذلك، فكان سحنون يكتب بعقل ضياعه الخ. وفي الطرر عن الشعباني من ادعى على غيره دعوى دعاه للقاضي فإن امتنع ختم له خاتماً من طين، وفي المقصد المحمود وإن تغيب المدعى عليه طبع القاضي على داره وهو أحسن من التسمير لأنه يفسد الباب، فإن لم يفسده سمره عليه بعد أن يخرج ما فيها من حيوان أو بني آدم. وقد تحصل أنه يطبع عليه في صورتين إحداهما: إذا عصى الأمر وامتنع بعد الإرسال إليه، والثانية: إذا تغيب لما علم بالطلب وعليه فالواو في قوله: و لم يحضر بمعنى: أو ولا بد من ثبوت التغيب أو العصيان وعلم أن الطبع بشمع ونحوه وبالتسمير إذا لم يكن فيه فساد، وإلاَّ فلا يجوز.

وأجرة العون

الجالب للمطلوب إذا لم يعط من بيت المال الذي هو الأصل فيها كنظائرها ولا من عند القاضي حيث لم يكن في رزقه ما يعطى منه (على صاحب حق) إذا لم يلد المطلوب بأن أرسل وراءه ابتداء (ومن سواه) وهو المطلوب (أن ألد) الذي في الصحاح والقاموس: لده يلده خصمه فهو لاد ولدود اه. لكن قال الجبي في شرح غريب المدونة: الإلداد المطل يقال منه ألد إلداداً كأنشد إنشاداً نقله (ز) والجبي بالجسم بالجيم والباء الموحدة، ومن صحفه الجوهري أشكل عليه الحال (تستحق) هي أي الأجرة قال في الوثائق المجموعة: أجرة العون من بيت المال. قال أحمد بن سعيد: فإن لم يكن جعل القاضي من رزقه للأعوان جعلاً إذا رفع المطلوب فيما يلزمه، فإن لم يفعل القاضي فأحسن الوجوه أن يستأجر الطالب إلا أن يتبين أن المطلوب ألد بالطالب، ودعاه إلى القاضي فأبى أو منعه حقاً يقربه ويماطله غرم المطلوب اه. ومثله في ابن سلمون عن ابن العطار وانتقده ابن الفخار بأنه لا ذنب يبيح مال المسلم إلا الكفر. وأجاب ابن عرفة: بأن المبيح لماله تسببه في إتلاف مال الغير كما قالوه فيمن منع مدية حتى تلف المذكي وسكت الناظم عن أجرة السجان، والظاهر أنها كأجرة العون اه وفيه بيان الإلداد، والله أعلم.

فصل في مسائل

جمع مسألة. وهي مطلوب خبري يبرهن عليه في ذلك العلم كائنة (من القضاء) منها منع تنفيذ الحكم قبل ظهور وجهه كما قال: (وليس بالجائز للقاضي إذا لم يبد وجه الحكم) بأن التبس عليه الحال بتعارض البينتين وتداخل دعوى

الخصمين، أو لجهله حكم النازلة بعد تصورها (أن ينفذا) الحكم. والواجب في الوجه الأول أن يشاور أهل العلم، وفي الثاني أن يسأل عن الحكم. **قال تعالى: فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون**} (النحل:43) ابن سلمون: وإذا أشكل عليه أمر تركه. قال سحنون: لا بأس أن يأمر فيه بالصلح ولا يحكم بالتخمين لأنه فسق وجور اه. ولا يجوز له أن يدعو للصلح في الثاني لأن الفرض أن الحكم بين في نفسه إلا أن القاضي جهله ولا في الأول إلا إذا شاور من معه من أهل العلم من بلده وأشكل عليهم أيضاً فقوله: (والصلح يستدعى له إن أشكلا. حكم) أي دام إشكاله بعد المشاورة في النازلة وبذل الجهد والطاقة (وإن تعين الحق) عند القاضي ولو بمشاورة أو سؤال (فلا) يجوز أن يدعو إليه لأنه لا يخلو عن حطيطة وهضم لبعض الحق، والواجب أن ينفذ الحكم على من دار عليه ولا يبالي.

ما لم يخف بنافذ الأحكام

أي بتنفيذها (فتنة) بين الخصمين من قتل أو نحوه، فيجب أن يأمرهما بالصلح في هذه (أو شحناً) بالمد قصره ضرورة أي العداوة والبغضاء كالشحنة بالكسر، وشحن عليه شحناً من باب تعب حقد قاله في المصباح والقاموس. (أولي الأرحام) أو الفضل فيندب الأمر بالصلح لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: رددوا الحكم بين ذوي الأرحام حتى يصطلحا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن وذوو الفضل كأنهم أخوة والأمر بالصلح في هذه الثلاث مع ظهور الحق هذا قول مالك والشافعي، ولا حجة لمن خالفهما. وقال: يدعو للصلح ابتداء مطلقاً محتجاً بقضية الزبير وكعب بن مالك مع ابن أبي حدرد حيث أشار له صلى الله عليه وسلم ابتداء أن ضع الشطر لأنهما من ذوي الفضل، وقال ابن حجر: استحب الجمهور للحاكم أن يشير بالصلح وإن ظهر الحق ومنعه بعضهم وعليه المالكية (وخصم أن يعجز عن إلقاء الحجج) له (الموجب) من دهش أو خوف أو بله (لقنها) بالبناء للمجهول أي لقن القاضي الخصم إياها (ولا حرج) أي لا إثم ولا منع قال اللخمي، قال أشهب: للقاضي أن يشدّ على عضد أحدهما إذا رأى ضعفه عن صاحبه وخوفه منه ببسط أمله ورجائه في العدل ويلقنه حجة عمي عنها، وإنما يمنع تلقين أحدهما الفجور اه. زاد ابن هارون وقال سحنون: لا ينبغي أن يشد عضد أحدهما ولا يلقنه حجة اه.

ومنع الإفتاء للحكام

متعلق بمنع أو بالإفتاء، واللام بمعنى من أو مقحمة بين المضاف والمضاف إليه أي منع إفتاء الحكام (في كل ما) شأنه (يرجع للخصام) من أبواب المعاملات لما فيه من تعليم الخصوم وإعانتهم على الفجور لا في أبواب العبادات أو لمتفقه وعبارة غيره، ولا يفتي في الخصومة وهو لمالك وسحنون. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس به وبه العمل وظاهر المصنف المنع، وإنه على التحريم ويحتمل الكراهة وعليه حملوا قول (خ) و لم يفت في خصومة وحصر الحطاب في المسألة ثلاثة أقوال: المنع والكراهة والجواز.

فرع: في الواضحة للأخوين لا ينبغي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه لا وحده ولا في جماعة، ولا يجوز للقاضي أن يحكم في غير الشهود بمقتضى علمه.

وفي الشهود يحكم القاضي بما يعلم. منهم

من تجريح أو تعديل (باتفاق العلما)ء. حكاه ابن رشد وأبو عمر معبراً بالإجماع، ووجه بمشاركة الناس له في العلم بحال العدل وغيره غالباً فتبعد التهمة، وبأنه لو لم يستند لعلمه فيهم لاستند لعلمه في الذين عدلوهم أو جرحوهم، فلم يكن بد من الرجوع لعلمه قاله الباجي وابن يونس. وإذا كان يعمل بعلمه في ذلك فعلم جرحة شخص وعدله آخرون لم يقبل تعديلهم، وكذا إن علم بعدالته فجرحه آخرون فلا يقبل تجريحهم، وهذا إذا جرحوه بمعين يعلم براءته منه كشرب خمر يوم كذا، والقاضي يعلم أنه أكره عليه وإلاَّ قدم الجرح.

وفي سواهم

أي سوى تعديلهم وتجريحهم وقول (خ) وشمل قوله وفي سواهم شهادته بما حكم به مما لا معنى له لأن كلام المصنف في حكم القاضي بعلمه لا في شهادته لغيره.

مالك قد شددا

في منع حكمه بغير الشهدا)

جمع شهيد أي بعلمه فلا يحكم بما علمه قبل ولايته إتفاقاً قاله ابن رشد، فإن حكم نقضه هو وغيره ولا بما علمه بعدها في غير مجلسه اتفاقاً حكاه ابن رشد أيضاً. فإن حكم به نقضه هو فقط على المشهور ولا بما علمه في مجلسه قبل أن يتحاكما ويجلسا للحكومة كسماعه إقرار أحدهما، فلما تقدم أنكر وهو فيه شاهد قاله اللخمي فإن كان الإقرار في مجلس الحكم فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم حتى يشهد به عدلان. وقال أصبغ وسحنون ومطرف وابن الماجشون وعيسى: يحكم. قال ابن رشد: وهو دليل قوله صلى الله عليه وسلم: «فأقضي له على نحو ما أسمع» ولم يقل ما شهد به عندي اه. وذكر الناظم أن به العمل الآن فقال:

وقول سحنون به اليوم العمل

فيما عليه مجلس الحكم اشتمل)

يعني أن للقاضي أن يحكم على الخصم بمجرد إقراره بين يديه في كل ما احتوى عليه مجلس حكمه على ما به العمل اليوم، وهو قول سحنون وقبله ولده وغيره. و لم أر من صرح بهذا العمل بالأندلس، وإنما ذكر ابن رشد والمتيطي عن ابن الماجشون أنه قال: الذي عليه قضاؤنا بالمدينة ولا أعلم مالكاً قال خلافه أنه يقضي عليه بما سمع، والمشهور في المذهب أنه لا يقضي عليه إذا جحد إلا بالشهادة ويقبل قول القاضي إنه شهد عندي شهود في وجه كذا، وأنه قد أعذر إلى فلان في وجه كذا، وأنه أجَّله فانصرمت الآجال و لم يأت بشيء وأنه عجزه اه. بل صرح ابن سلمون بعكس ما قاله الناظم.

ونصه: ويعتمد القاضي على علمه في التعديل والتجريح اتفاقاً ولا يحكم بعلمه في شيء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين عنده أولاً إلا أن يشهد عليه بذلك شهيد عدل قاله ابن القاسم وبه العمل. وقال ابن الماجشون: يحكم عليه بما أقرَّ به عنده وإن لم يشهد عليه وهو قول عيسى وأصبغ وليس به عمل اه. ونحوه في المفيد وظاهر التوضيح، والحطاب أن هذا الخلاف ولو بقي المقر على إقراره. وقال طفي: محله إذا رجع وأنكر ونحوه في المقرب. وقال اللخمي في تبصرته: اختلف إذا أقر بعد أن جلس للخصومة ثم أنكر فقال مالك وابن القاسم: لا يحكم بعلمه. وقال عبد الملك وسحنون: يحكم ورأيا أنهما إذا جلسا للحكومة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقو لأنه، ولذلك قصدا فإن حكم بما أقر به ثم أنكر بعد الحكم وقال: ما أقررت بشيء لم ينظر إلى إنكاره على المشهور، وقال الجلاب: لم يمض عليه حكم الحاكم إلا ببينة على إقراره وهو الأشبه في قضاة الوقت لضعف عدالتهم. وقال ابن سهل بعد أن ذكر الخلاف المذكور ما نصه: ولو أدرك سحنون زماننا هذا لقال بقول ابن القاسم في كون الحاكم لا يسند لعلمه فيما أقرّ به الخصم بين يديه. قال الشيخ ابن رحال: ولو أدرك ابن سهل زماننا هذا في حدود الثلاثين بعد المائة والألف لجزم بأنه لا يحل الحكم بقول سحنون، وهو الذي أدين الله به وأتقلده أه. وبه أقول. ثم لا شك أن وقتنا هذا في حدود الثمانين شرّ منه وعليه فلا يقبل اليوم أيضاً قوله شهد عندي في كذا أو أجلته أو أعذرت إليه إلا ببينة (خ) وسمى الشهود وإلاَّ نقض.

وعدل

مثلاً أو عدلان أو المراد الجنس (إن أدى) أي شهد (على ما) أي أمر (عنده) أي عند القاضي (خلافه) لتيقنه من جهة أخرى (منع أن يرده) أي منع أن يرد شهادته لعدالته عند القاضي ومنع أيضاً أن يحكم بها لمخالفتها في نفس الأمر.

وحقه

أي القاضي حيث علم خلاف ذلك (إنهاء ما في علمه) أي رفع شهادته فلم يرد بالإنهاء هنا معناه المصطلح عليه (لمن سواه) أي لغيره من القضاة أو لمن حكمه الخصمان حال كون القاضي (شاهداً بحكمه) أي على حكم الشاهد وفي رتبته أو شاهداً بحكم ما عنده وفي علمه أو لفظ حكم مقحم والمعنى شاهداً به أي بما في علمه، وأشار بذلك إلى ما رواه ابن

يونس عن سحنون: لو شهد عندي عدلان مشهوران بالعدالة، وأنا أعلم خلاف ما شهدا به. لم يجز أن أحكم بشهادتهما ولا أن أردهما، ولكن أرفع ذلك للأمير الذي فوقي وأشهد ما علمت وغيري بما علم.
فرع: قال المتيطي: وإذا علم السلطان الأعلى لرجل حقاً وأراد أن يشهد به عند قاضيه ففي المدونة أن ذلك جائز، وقيل: لا يشهد عنده لأنه الذي قدمه فكأنه شهد عند نفسه وبالأول القضاء اه. ومثله القاضي عند من يوليه.

وعلمه

أي القاضي (بصدق غير العدل) يشهد عنده (لا. يبيح) له (أن يقبل ما تحملا) غير العدل لأن شهادته كالعدم فلم يبق إلا علم القاضي وهو لا يحكم بعلمه. وقال سحنون: لم أقض بشهادتهما لأني أقول في حكمي بعد: صحت عندي عدالتهما، وإنما صح عندي جرحتهما.
فرع: من هذا المعنى من قام برسم شهادة عدلين ميتين أو غائبين و لم يوجد من يرفع على خطهما والقاضي يعرف خطهما فلا يحكم بذلك الرسم لأنه من الحكم بعلمه قال المكناسي في مجالسه.

ومن جفا القاضي

بأن أساء عليه في مجلس حكمه (فالتأديب) له وتعزيره (أولى) من العفو عنه (خ) وتأديب من أساء عليه إلا في مثل: اتق الله في أمري فليرفق به. أي بأن يقول: رزقني الله وإياك تقواه، كما قال مالك للرجل الذي سجن ابنه بفتواه لما قال له: اتق الله يا مالك والله ما خلقت النار باطلاً. قال: من الباطل ما فعله ابنك، وفي سماع ابن القاسم قيل له: أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام لقد ظلمتني قال: إن ذلك يختلف و لم نجد فيه تفسيراً إلا أن وجه ما قال إذا أراد أذاه، وكان القاضي من أهل الفضل فله أن يعاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد اه. أي ما ترك الإيذاء للقضاة حتى قام أهل الشرف والفضل منهم بالعقوبة في ذلك، فترك أذى الجميع. هذا ما ظهر لي. وقال الحطاب: لم أفهم معنى هذا الكلام (وذا) أي التأديب (لشاهد مطلوب) أي يطلب التأديب لجفاء الشاهد أيضاً كأن يقول له: شهدت علي بزور أو بما يسألك الله عنه أو ما أنت من أهل العدالة أو الدين قال سحنون: فيؤدب بقدر الرجل المنتهك حرمته وقدر الشاتم في إذايته للناس إلا أن يكون من أهل الفضل وذلك منه فلتة فليتجاف عنه كما أشار إليه بقوله: (وفلتة من ذي مروءة عثر. في جانب الشاهد) متعلق بعثر (مما يغتفر) خبر المبتدأ. ومثل الشاهد في ذلك أحد الخصمين يشتمه الآخر فلو قال الناظم في الخصم والشاهد: مما يغتفر لأفادهما ومثلهما المفتي (خ) ومن أساء على خصم أو مفت أو شاهد لا يشهد (ت) علي بباطل كخصمه كذبت (ومن ألد في الخصام) أكثر منه (وانتهج.k نهج الفرار) أي سلك طريقه بأن فر من القضاء وتغيب عن مجلس الحكم فإن كان (بعد إتمام الحجج) له وإثباتها وسألته عن كل ما تريد أن تسأله عنه واستقر علم ذلك كله عندك و لم تبق له حجة فإنه يقضي عليه في غيبته قاله مالك في سماع ابن غانم، وإليه أشار بقوله: (ينفذ الحكم عليه الحكم قطعاً) أي حال كون الحاكم قاطعاً (لكل ما به يختصم) فلا

تسمع له حجة بعد إذا أتى بها (و) إن كان تغيب وهو (غير مستوف لها) أي لحججه (إن استتر) فحكم عليه.

لم تنقطع حجته

التي يأتي بها بعد (إذا ظهر) بعد أن أمضى عليه الحكم (لكنما الحكم عليه) بالنصب مفعول (يمضي) بالضم من أمضى (بعد تلوم له) أي لهذا الثاني (من يقضي) فاعل يمضي أو تلوم والمعنى أن من فر بعد استيفاء حججه حكم عليه بلا تلوم وتنقطع حجته ومن فر قبل استيفائها لم يحكم عليه إلا بعد أن يتلوم له وهو على حجته، قال ابن رشد: إذا تغيب المطلوب بعد استيفاء جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه، فإنه يقضي عليه ويعجزه ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة أن لو قضى عليه وهو حاضر وأما إن تغيب قبل أن يستوفي جميع حججه، فالواجب في ذلك أن يتلوم له فإن تمادى في المغيب قضى عليه من غير أن يقطع حجته اه. فإن تغيب بعد الحكم عليه وبقيت له اليمين وكلَّ القاضي من يقبضها له ويشهد بذلك.

فصل في المقال

أي دعوى المدعي. (والجواب) أي ما يجيب به المدعى عليه، فإن قيدت الدعوى في كتاب فهو التوقيف كما يأتي قريباً. اعلم أن المدعي إذا صحت دعواه وأمر المطلوب بالجواب فإن أقر أو أنكر فواضح، وإن امتنع منهما فهو قوله هنا.

ومن أبى إقراراً أو إنكاراً

أو بمعنى الواو أي امتنع منهما (لخصمه كلفه) أي كلف الجواب بأحدهما (إجباراً) أي جبر عليه بالضرب والسجن، فلو قال: من ادعى عليه بدار في يده للمدعي أقم البينة على ما قلت، وأما أنا فلا أقر ولا أنكر فقال مالك: لا يترك على ذلك ويجبر حتى يقر أو ينكر. وقال المتيطي: لا يقنع منه بلا حق لك عندي حتى يقر بالسلف أو ينكره.

فإن تمادى

بعد السجن والضرب على الامتناع (فلطالب قضى) بالحق (دون يمين) تلزمه هذا هو قول ابن المواز بناء على أن امتناعه إقرار (أو بها) وهو قول أصبغ بناء على أنه إنكار قال المصنف: (وذا ارتضى) والراجح المعمول به الأول. (خ) وإن لم يجب حبس وأدب ثم حكم عليه بلا يمين. ابن سهل: أفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر فإن تمادى على إنكاره حكم عليه بلا يمين ابن هارون في اختصار المتيطية: الذي مضى به العمل أن القاضي يجبره بالسجن والأدب،

فإن استلج في الإباية قضى عليه بلا يمين لأن ذلك منه إقرار بالحق اه. وعليه فإذا كانت الدعوى مما لا تثبت إلا بشاهدين قضى على الممتنع أيضاً فيما يلزمه الإقرار به كإنكاح مجبرته ولا يقضي عليه على القول باليمين، ويقال للمدعي: أثبت دعواك كما إذا قال: لا أجاوب لأني لا أعرف حقيقة ما يدعي فيحلف على ذلك، ويقال للمدعي: أثبت قاله ابن سلمون قال وقال أصبغ: إذا امتنع من الجواب عدَّ كالناكل. ومثله في ابن فرحون وابن عات، ومقتضاه أنه على قول أصبغ لا يجبر بسجن ولا ضرب، بل يحكم عليه ابتداء بعد اليمين إن كانت الدعوى مما تثبت به خلاف ظاهر المصنف إلا أن يقال أو بها معناه أو يحكم عليه مع اليمين ابتداء.

والكتب

أي المكتوب (يقتضي عليه المدعي. من خصمه الجواب توقيفاً دعي) أي ما كتب من الدعوى في رسم وطلب المدعي من خصمه الجواب عليه يسمى توقيفاً، ويسمى الآن مقالاً، ويكون ذلك فيما عدا وثائق الاسترعاء وهي التي في أولها يشهد من يضع اسمه، ثم إن أجاب المطلوب في الحال فواضح، وإن سأل التأخير والإمهال في الجواب فلا تخلو الدعوى من ثلاثة أوجه: إما أن تكون غير بينة، أو بينة. والثاني: إما أن يطلب التأخير لغرض أو لا. وإلى ذلك أشار الناظم بقوله:

وما يكون

من الدعوى (بيناً) سواء كتب وصار توقيفاً أم لا (إن لم يجب) المطلوب (عليه في الحين فالإجبار) بنقل حركة الهمزة إلى اللام لإقامة الوزن على الجواب (يجب).

وكل ما افتقر للتأمل

من الدعاوى (فالحكم نسخه) للمطلوب (وضرب الأجل) فيه توقيفاً كان أو غيره (وطالب التأخير فيما سهلا) فإن كان لغير غرض فهو الذي تقدم أنه يجب أن يجبر ولا يؤخر وإن كان طلبه التأخير (لمقصد) وغرض صحيح كتوكيله من يجيب عنه وما أشبهه فقيل يمنعه. قال الشارح: وهو الأظهر، ولذا قدمه الشيخ (وقيل لا) يمنع وهو الجاري على ما يأتي في باب الوكالة. هذا حكم الإمهال في الجواب إذا سأله المطلوب في الدعوى أو المقال، وأما طلبه انتساخ ما بيد الطالب ففي الوثائق المجموعة، قال أحمد بن سعيد: وإذا دعي الخصم إلى انتساخ وثيقة وقف عليها ليقف على فصولها، فإن كانت مختصرة للفهم لم يعط نسختها، وإن كانت طويلة كثيرة المعاني أعطي نسختها. وقال ابن عرفة: في تمكين المطلوب من نسخة مما شهد به عليه مطلقاً أو إن كانت مما يشكل ويحتاج فيه إلى تدبر وتأمل قولان. والعمل على الثاني اه. وقال ابن الهندي: جرى العمل عندنا في هذا الوقت بإعطاء النسخ كلها صغيرها وكبيرها اه. نقله المتيطي، وأغفله ابن عرفة: والناظم.

فرع: في المعيار سئل ابن زيد عن متخاصمين طلب أحدهما من صاحبه أن يوقفه على وثيقة بيده له فيها حق؟ فأجاب: إذا حضر الخصم وجب إخراج الوثيقة للطالب لينظر فيها وليس له الامتناع وهي من حق الطالب اه. وأفتى القاضي أبو عبد الله بن سودة، والشيخ أبو محمد عبد القادر الفاسي بأن الخصم لا يلزمه إعطاء موجباته التي بيده لخصمه ولو مكن الخصم ومن هذا وشبهه لفتح على الناس باب يعسر سده اه. قال المحشي: وكان الأولى إذا قامت شبهة وما قاله الشيخان عند انتفائها والله أعلم.

ويوجب التقييد للمقال. تشعب الدعوى

أي تفرقها وكثرة فروعها (وعظم المال) ظاهره أنه لا يجب التقييد إلا بمجموع الأمرين وليس كذلك، بل تشعبها موجب بمجرده، ويتأكد إن انضم إليه كثرة المال، وإنما وجب التقييد حينئذ (لأنه أضبط للأحكام) فينحصر الذهن للنظر (ولانحصار ناشيء الخصام) فلا يقدر المدعي على زيادة شيء في دعواه لحصرها فيما قيده.

وحيثما الأمر

أي أمر الدعوى (خفيف بين) كلي عليه عشرة من سلف (فالترك للتقييد بما يحسن) إذ لا حاجة إليه بل قد يثير تشويشاً أو تركيباً (فرب قول كان بالخطاب. أقرب للفهم من الكتاب) ورب للتقليل قليلاً وللتكثير كثيراً وهو اللائق هنا.
(تتمة): قال ابن هارون: وإذا طال الخصام في أمر وكثر التشعب فيه فلا بأس للقاضي أن يخرف كتبهم إذا رجى بذلك تضارب أمرهم قاله مالك. وحدث أن قاضياً فعله في زمن أبان بن عثمان والله سبحانه أعلم.

فصل في بيان مقدار الآجال

جمع أجل يطلق لغة على وقت الموت وحلول الدين وعلى مدة الشيء، والمراد هنا المدة التي يضربها الحاكم مهلة لأحد المتداعيين أولهما لما عسى أن يأتي به من حجة. (ولاجتهاد الحاكم) أي القاضي (الآجال) مبتدأ (موكولة) خبر ولاجتهاد الحاكم متعلق به وكذا (حيث لها استعمال) وهو تأكيد لكن قال ابن فرحون بعد ذكر جملة منها ما نصه: وبعض الآجال لا يدخلها اجتهاد الحاكم كأجل المعترض سنة، وكذا المجنون والمجذوم وأجل المفقود أربع سنين للحر والعبد نصفها وأجل المولى أربعة أشهر الخ. قلت: هذا في المولى مسلم وأما غيره فلا مانع من دخول الاجتهاد فيه، والمعنى أن الآجال حيث تستعمل فهي موكولة لاجتهاد القضاة بحسب ما يظهر لهم من حال المضروب له الأجل والمضروب فيه من تطويلها أو تقصيرها أو جمعها أو تفريقها. والأصل فيها قول عمر رضي الله عنه في رسالته إلى أبي موسى: واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذت له بحقه، وإلاَّ سجلت القضية عليه، فإنه أنفى للشك

وأجلى للعمى اه. ثم بعد كونها موكولة للاجتهاد تبقي النفس متشوفة لما حكم به الأقدمون في جزئيات القضايا، وإن لم يجب الوقوف عنده لما قد يرى الحاكم من معنى يخص النازلة، وقد أشار إلى ذلك بقوله:

وبثلاثة من الأيام. أجل في بعض من الأحكام

وذكر منها خمسة فقال: (كمثل إحضار الشفيع للثمن) عند أخذه بالشفعة وطلب التأخير ليأتي به، وأما إن طلب التأخير لينظر هل يشفع أم لا. فلا يؤخر على المشهور (خ) واستعجل أن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري لا كساعة. وصدر ابن فرحون بأنه يؤخر ثلاثة أيام للتروي.

والمدعي النسيان إن طال الزمن

أي من ادعى عليه بمال مثلاً، فزعم أنه نسي وطلب الإمهال حتى يتذكر فيقر أو ينكر.

والمدعي

أي وكمن توجهت عليه يمين فادعى (أن له ما يدفع. به يميناً أمرها مستبشع) مبتدأ وخبر. والجملة صفة يمين والبشع الطعام الكريه فيه جفوف وكراهة قاله في القاموس. ولا شك أن اليمين مستكرهة للنفوس سواء قلنا بجواز الصلح عنها في دعوى يتحقق بطلانها وهو الصحيح أولاً (ومثبت ديناً) كائناً (لمديان) أعدم، وزعم أنه لا شيء له فثبت أن له ديناً على آخر واللام بمعنى على فتكون لإثبات الدين على المنكر. (وفي إخلاء ما كالربع ذلك اقتفى) أي اتبع التأجيل بثلاثة أيام فيمن استحق من يده ربع بشهادة عدلين و لم يبق له إلا الإعذار فيؤجل لإخلائه ثلاثة أيام كما قال (وشرطه) أي الإخلاء (ثبوت الاستحقاق برسم الإعذار فيه باق) وحده لثبوته بعدلين. كما قررنا، فهذه خمسة: نص على الأول منها في المقرب، وعلى الثاني والثالث المتيطي، وعلى الرابع الجزيري، وعلى الخامس ابن سهل (وفي سوى أصل) أي والتأجيل في غير الأصول (له) إحدى وعشرون يوماً (ثمانية) أولاً (ونصفها) وهو أربعة كونها (لستة مواليه) أي وقعت بعد ستة أجلاً ثانياً (ثم ثلاثة لذاك) التأجيل بالأربع (تتبع) هي أي الثلاث حال كونها (تلوماً) والتلوم الأجل الأخير (وأصله) أي التلوم بثلاث **قوله تعالى: قال: (تمتعوا) في داركم ثلاثة أيام}** (هود:65).

وفي الأصول وفي الإرث

المجروران متعلقان بما بعدهما أي و (المعتبر. من عدد الأيام) في الأصول أي في إثباتها وما تقدم هو في إخلائها، وفي إثبات الإرث شهر ثلاثون يوماً تفرق. (خمسة عشر) ثم ثمانية ثم أربعة ثم ثلاثة وهي معنى قوله: (ثم تلي أربعة تستقدم.

بضعفها) وهو الثمانية (ثم يلي) الأربعة التي بعد الثمانية (التلوم) بثلاثة أيام قاله ابن العطار وغيره. قال ابن فرحون: ويوقفه الحاكم عند تمام كل أجل من هذه الآجال ثم يوسع له بالأجل الثاني إلى تمام الشهر اه. وقال ابن رشد: بعشرة ثم بعشرة ثم يتلوم بعشرة أو بثمانية ثم ثمانية ثم ثمانية ثم يتلوم بستة قال: أو يضرب له أجلاً قاطعاً من ثلاثين يوماً يدخل فيه التلوم والآجال كل ذلك مضى من فعل القضاة، وهذا كله مع حضور البينة في البلد فإن كانت غائبة عن البلد فيؤجل له أكثر من ذلك اه. وكلام الناظم يفيد أن هذا مع حضور البينة أو غيبتها غيبة قريبة بدليل قوله: (و) التأجيل (في) إثبات (أصول إرث أو سواه. ثلاثة الأشهر منتهاه) ويفهم منه أن للقاضي أن يؤجله بأقل (لكن) هذا كله (مع ادعاء بعد البينة ومثله) أي مثل ما ذكر في التأجيل بثلاثة أشهر (حائز ملك سكنه) مثلاً ادعى فيه شخص أنه ملكه وأقام على ذلك بينة ثابته، فزعم الحائز أن له حجة إن أثبتها كان أحق بالملك من المدعي فيؤجل في إثباها أيضاً الشهرين والثلاثة وهو معنى قوله: (مع حجة قوية له) أي للحائز فيؤجل ما ذكر لأجل دعواه (متى. أثبته) أي الملك الذي بيده (لنفسه من أثبتا) أي من أثبته لنفسه، وزعم هو أن له ما يعارضه فإن مضى الأجل و لم يحضر شيئاً وذكر غيبة شهوده وتفرقهم فهل يضرب لذلك أجل آخر ويزاد على ما ذكر قال في العتبية: أما الرجل المأمون الذي لا يتهم بباطل فيزيده في الأجل، وأما الملد الذي يرى أنه يريد الإضرار بخصمه فلا يمكن من ذلك إلا أن يذكر أمراً يتقارب شأنه و لم يعلم كذبه في مثله اه. فظهر أن في كلام المصنف أمرين

تقييده غيبة البينة بالبعد وعدم ذكره الزيادة للمأمون في الثانية. (وبيع ملك) دار أو غيرها (لقضاء دين) على ربها ليس له ما يؤديه منه سوى ثمنها (قد أجلوا فيه) أي في بيع ذلك الملك من شهر (إلى شهرين) لافتقاره للتسويف ولأهما مظنة الشهرة وعلم من يريد الشراء (وحل عقد) المراد الجنس (شهر) خبر مقدم عن قوله: (التأجيل فيه) والجملة خبر حل قال الشارح: وحل العقود يكون بأشياء إما بظهور تناقض على السواء في الاسترعاء وهي الشهادة يمليها الشاهد من حفظه ويسندها إلى علمه وتصدر وثيقتها بفي علم شهيده أو يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بمعرفة كذا الخ، أو نحو ذلك أو بظهور تناقض من المشهد ومن في حكمه في الأصل كاختلاف قول واضطراب مقال أو مضادة قوله لنص ما شهد له به، وقد علم منه أن شهادة الأصل هي ما يمليها المشهود عليه على الشاهد فيكتبها وأنها مقابلة للاسترعاء المذكور هنا، وأما بتجريح شهودها وأما بثبوت استرعاء معروف السبب فيما انعقد بعوض أو مطلقاً فيما انعقد بالتبرع، وأما بظهور استحالة في متون الرسوم اه بزيادة بيان (وذا) أي التأجيل في حل العقود بشهر (عندهم) متعلق بقوله (المقبول) ومقابله يؤجل فيه بشهرين.

وتجمع الآجال

أي يجوز للقاضي أن يجمعها كما مرّ عن ابن رشد (والتفصيل. في وقتنا هذا هو المعمول) ومن ثمرته ما ذكره في التبصرة من أنه يوقفه القاضي عند تمام كل أجل وقد مرّ جميع ذلك.

فصل في الإعذار

هو في الأصل مصدر أعذر إذا بالغ في طلب العذر. وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: هو سؤال الحاكم من توجه عليه موجب حكم هل له ما يسقطه (خ) وأعذر بقيت لك حجة، واختلف هل محل الإعذار قبل الحكم فإذا قال المطلوب لم تبق لي حجة حكم عليه أو يحكم عليه القاضي أولاً عندما يظهر انتفاؤها ثم ينذر إليه. قال ابن عبد السلام: والأول المشهور. وقال في المفيد: وبه العمل، وإليه أشار الناظم بقوله: (وقيل حكم يثبت الإعذار) فإن حكم بدونه فالحكم باطل عند أهل المذهب وينقض لأنه شرط صحة فيه كما قاله أبو الحسن في أجوبته (بشاهدي عدل وذا المختار).
قال ابن عبد السلام: المشهور أن الحكم بلا إعذار باطل والإعذار واجب على كل حال. والأولى أن يكون بشاهدين. المتيطي: ينبغي للقاضي أن لا ينفذ حكمه حتى يعذر إليه برجلين ولو أعذر بواحد أجزأه اه. (خ) وندب توجيه متعدد فيه فقول الناظم: وذا المختار راجع لقوله: وقبل حكم ولا يرجع لقوله: بشاهدي عدل إلا بتأويل قوله: المختار بالأولى.
فرع: اختلف هل يجتزىء القاضي في الحكم بما فهمه من أحد المتداعيين أو لا بد من تحقيق ما يسمع منهما. وفي اللامية: فبعد حصول الفهم قطعاً لتفصلا، واختلف أيضاً في الشاهد، وثالثها فيه إن بين أن شهادته فيه بالفهم لا بالتصريح.

وشاهد الإعذار غير معمل. في شأنه الإعذار

يعني إذا أعذر القاضي بأبقيت لك حجة فقال: لا فحكم عليه ثم جاء بحجة، وزعم أنه لم يكن أعذر إليه فاستظهر المحكوم له بشهادة عدلين على الإعذار فقال المحكوم عليه: أعذر لي فيهما فإنه لا يجاب لذلك قال الناظم: (للتسلسل) يريد أنه لو مكن من ذلك فجرحه فيبطل الإعذار ويتعذر الحكم لأنه متوقف على الإعذار، والفرض أن للمحكوم عليه أن يجرح شاهده فكل ما شهد عليه به أعذر له في شاهده، فيتعذر الحكم أبداً هكذا قيل، وفيه نظر. لأنه إذا كان بعدلين مبرزين لا يجد فيهما مطعناً تم الحكم ومضى، والتسلسل إنما يمنع في العقليات على أن هذه المسألة مستغنى عنها بالمسألتين بعدها لأن الإعذار إن كان لغائب عن مجلس الحكم من مريض أو مسجون سمع عليه الدعوى ثم وجه من يحلفه اليمين الواجبة فهو قوله: (ولا الذي وجهه القاضي إلى. ما كان كالتحليف) أي إلى أمر وجد مثل التحليف (منه بدلا) حال من الهاء أي وجهه حال كونه بدلاً منه ودخل تحت الكاف الحيازة ونحوها فلا إعذار في الشاهدين الموجهين لذلك قال (خ): ولا يلزمه تسميتهما للمشهود عليه على المشهور لأن القاضي أقامهما مقام نفسه، وإن كان لحاضر مجلس الحكم فهو ما أشار إليه بقوله: (ولا) إعذار أيضاً في (الذي بين يديه) أي يدي القاضي (قد شهد) وأداها بذلك المجلس لأن شهادته بين يدي القاضي بما أقرّ به أحد الخصمين للآخر والآخر يسمع قد شاركه القاضي في مضمونها، فلو أعذر فيها لأعذر في حكم نفسه وقد نص ابن سهل وابن رشد وغيرهما على أن المعدل عند القاضي أي مزكي السر لا إعذار فيه (خ) إلا الشاهد بما في المجلس. تنبيه: محل سقوط الإعذار في هذه إذا أداها بذلك المجلس، وإلا أعذر فيها قاله ابن سهل انظره في التبصرة.

ولا

إعذار أيضاً في شهادة (اللفيف في القسامة) حال كون اللفيف (اعتمد) وجعل لوثاً فيها وهو ما مشى عليه الناظم في أحكام الدماء إذ قال في أمثلة اللوث: أو بكثير من لفيف الشهداء ويسقط الإعذار فيهم أبداً يريد لأنهم مدخول فيهم على عدم العدالة، أما من لم يعتمده لوثاً فلا إشكال.

ولا

إعذار أيضاً في الجماعة من الشهود (الكثير فيهم العدول) كمسألة أبي الخير الملقب لزندقته أبا الشر شهد عليه بأنواع كثيرة من الزندقة الواضحة عدد كثير ثبتت عدالة نحو العشرين منهم وأكثر من ضعفهم استظهاراً فأفتى منذر بن سعيد وإسحاق بن إبراهيم وغيرهما بقتله دون إعذار وحكم به و لم يلتفت إلى خلاف من خالف في ذلك (والخلف في جميعها منقول) وكذلك لا إعذار فيمن شهد على من يخشى منه ولا يسمي له الشهود ولا يمهل القاضي التفتيش وكذا من شهد بجرحة القاضي لأن طلب الإعذار منه طلب لخطة القضاء قاله البرزلي عن ابن الحاج وكذا من شهد بوكالة كما في (ح) أول بابها.

فصل في خطاب القضاة

وهو أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما ثبت عنده من حق لإنسان في بلد الكاتب على آخر في بلد المكتوب إليه ليحكم عليه هنالك عملاً بقوله: والحكم في المشهور حيث المدعى عليه. وهذا التعريف يشمل الإنهاء بالكتابة ويشمل الخطاب على الرسوم الذي هو المراد هنا (وما يتعلق به) من التعجيز وغيره (ثم) هنا لترتيب الأخبار (الخطاب) من قاض لقاض آخر (للرسوم) أي فيها أو عليها وهو متعلق بالخطاب (إن طلب. حتم على القاضي وإلا لم يجب) عليه يعني أن صاحب الرسم إذا سأل من القاضي أن يخاطب له على رسمه بما ثبت عنده من صحته وعدالة شهوده وجب على القاضي أن يفعل، وإن لم يسأل منه ذلك كان في سعة ومثل الخطاب على الرسم فيما ذكر من الوجوب وغيره الخطاب بمشافهة القاضي للقاضي يخبره بما ثبت عنده وبالشاهدين (خ) وأنهى لغيره بمشافهة أن كان كل بولايته وبشاهدين مطلقاً. قال المازري: ويكتب الحاكم إن حكم بما حكم به وبكل حجة له من تعديل وتجريح وموجب حكمه ليكون له حجة على المحكوم عليه إن نازعه ويكتب بما حكم به لحاضر على غائب أيهم المكتوب إليه أو عينه. قال في العتبية: وله أن يكتب إلى قضاة الآفاق على الإطلاق كأن لا يسمي قاضياً بعينه ولا بلداً بعينه أي فيعمل به جميعهم بخلاف ما إذا عين واحداً بعينه.Y ابن عرفة: الذي استقر عليه القضاة بإفريقية عدم تسمية القاضي المكتوب إليه. ابن رشد: يجب على القاضي المكتوب إليه أو من تولى بعده أن يصل نظره بما ثبت عند القاضي الكاتب، فإن كتب ثبوت شهادتهم فقط لم

يأمر بإعادة شهادتهم ونظر في تعديلهم، وإن كتب بتعديلهم أو بقبوله إياهم أعذر للمشهود عليه فهم وإن كتب أنه أعذر له فعجز عن الرفع أو مضى الحكم عليه اه. وحاصله: أنه يبنى على فعل الأول وهذا إن كان أهلاً أو قاضي مصر لم يعرف جهله ولا جوره وإلا استأنف والشأن كتب الخطاب أسفل الوثيقة، فإن عجز أسفلها ففي ظهرها أو أحد عرضيها وإن كان في الصك رسوم نبه على

جميعها إن أراد ذلك وصحت عنده وإلاَّ قيد بالأخيرين مثلاً أو بما ثبت عنده منها، وتستحب البداءة ببسم الله الرحمن الرحيم، واستحب قضاة الوقت تركها اكتفاء بما في صدر الوثيقة والأولى إعادتها لأن هذا فصل آخر قاله ابن المناصف. قلت: وعمل قضاتنا اليوم أن يكتب إثر الرسم الحمد لله أديا فقبلا وأعلم به فلان، أو أديا فثبت وأعلم به. أو الحمد لله أعلم بصحته أو باستقلاله فلان، فإذا ثبت عند من جاءه كتب عليه أعملته. قال ابن المناصف: وإذا ثبت خط القاضي ببينة وجب العمل به، وإن لم تقم بينة بذلك والقاضي يعرف خط القاضي الكاتب فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه، وقبول سحنون كتب أمنائه بلا بينة يدل على ذلك وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز اه. والعمل على أعماله بمجرد معرفة خط القاضي كما قال ابن المناصف أو التعريف به ولو بعدل واحد، ووجه ذلك ابن عرفة والله أعلم.

وقول الناظم:

والعمل اليوم

أي في زمانه (على قبول ما) أي الخطاب الذي (خاطبه قاض بمثل أعلما) لفظ مثل ههنا مقحمة أو بمعنى نفس كما قيل بكل منهما في **قوله تعالى: فإن آمنوا بمثل ما أمنتم به}** (البقرة:137) ولو قال بلفظ أعلم لأن الخطاب في زمانه إنما كان به لا بمثله ولا به وبمثله كأخبر وأعلم ههنا فعل ماضٍ وفاعله هو المكنى عنه آخراً. قال الشيخ ميارة: وهو يتعدى لمفعولين حذف أولهما للعموم أي من يقف عليه والثاني هو قوله باستقلاله أو بثبوته اه. والمعروف أن أعلم ينصب ثلاثة مفاعيل فيقال: إن المفعولين الأخيرين سد مسدهما المصدر المنسبك من أن والفعل وهو قوله باستقلاله والباء زائدة والأصل أعلم من يقف عليه أنه مستقل أو هو من باب من أنبأك هذا .

وليس يغني كتب قاض كاكتفى

الكاف: اسم بمعنى مثل مفعول بقوله: كتب، وكتب فاعل يغني وليس مهملة بمنزلة لا أو اسمها ضمير الشأن أو هو كتب، ويغني خبرها مقدم وهو جائز خلافاً لابن درستويه والثلاثة مذكورة في قوله ليس ينفك ذا غنى واعتزاز كل ذي عفة مقل قنوع أو هو من باب التنازع بين جامد وغيره عند من أجازه (عن الخطاب) متعلق بيغني، وكذا استقل الرسم أو صح أو ثبت عندي حتى يزيد وأعلم به (والمزيد قد كفى) أي ويكفي المشهود له عن زيادة الشهود لدلالته على أن

الرسم قد استقل عند القاضي، فالمزيد مصدر منصوب على إسقاط الخافض أي وقد كفى عن المزيد ثم بين ما لا بد منه في الخطاب على طريق الحصر فقال:

وإنما الخطاب مثل أعلما

لا مجرد اكتفى أو استقل أو ثبت، وظاهر ابن المناصف أن الثلاثة سواء، وعن العقباني إن استقل فيما ثبت بشهادة المبرزين من العدول وثبت فيما ثبت بدونهم واكتفى في الأدنى (إذ معلماً به) أي بالشيء المخاطب به (اقتضى ومعلما) كما اقتضى الشيء المعلوم فهي ثلاثة أمور لا يصح الخطاب إلا بما يتضمنها. وتقدم أن العمل بأعلم لا غير. تنبيه: ما قررنا عليه من اتصال قوله: وليس يغني إلى آخر البيتين، بقوله: والعمل اليوم هو الصواب في الترتيب ووقع في كثير من النسخ تأخيرهما عن قوله: وإن يمت إلى آخر الأبيات الخمسة ولا وجه له.

وإن يمت

قاض (مخاطب) بالكسر (أو عزلا) عن خطة القضاء (رد خطابه) أي ألغي ولا يعمل به على أحد القولين، لأنهم نزلوا خطابه بالرسم منزلة خطابه بالكلام والمشافهة، وهو إذا مات لا يتكلم، وإذا عزل لا يقبل كلامه ولا شهادته بعده إنه قضى بكذا (سوى ما سجلا) أي إلا أن يكون قد سجل ذلك الخطاب وأشهد به على نفسه فإنه يعمل به مطلقاً هكذا شرحه ابن عرضون، وبه قرره شيخنا أبو البقاء رحمه الله، وتقرير الشيخ ميارة بأن المراد بالتسجيل أي سوى ما كان المخاطب بالكسر قد حكم به فإنه يمضيه المكتوب إليه وينفذه غير ظاهر لبعده، ولأنه إذا حكم عليه وماله غائب ألزمه الضمان ولا يحتاج إلى خطاب من ينفذ الحكم (واعتمد القبول) لخطاب القاضي بعد موته أو عزله (بعض من مضى) وهو نص المدونة وبه العمل اليوم.

ومعلم

بفتح اللام مبتدأ خبره ما بعده، وسوغ الابتداء به قصد الجنس أو عطف على مخاطب أو بتقدير الشرط أي وإن يمت معلم أي مخاطب بالفتح (يخلفه) بالرفع. وبعد ماض رفعك الجزا حسن (وإلى القضا) أي من تولاه بعده قال في المدونة: وإذا كتب قاض إلى قاض فمات الذي كتب الكتاب أو عزل قبل أن يصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده، فالكتاب جائز ينفذه من وصل إليه وإن كان إنما كتب لغيره اه. (والحكم العدل) كائناً (على قضائه) من غير عزل ولا موت (خطابه) مبتدأ خبره (لا بد من إمضائه) والجملة خبر الحكم أي لا بد أن ينفذه ويمضيه المكتوب إليه إذ لا وجه للغوه (وفي الأداء عند قاض) من صفته (حل في) بلد (غير محل حكمه الخلف) مبتدأ (اقتفى) أي اتبع خبره وفي الأداء يتعلق به، والمعنى أنه اختلف إذا حل القاضي بغير محل ولايته هل له أن

يسمع هنالك بينة تشهد بحق لمن هو في محل ولايته أو لا منع ذلك ابن عبد الحكم فقال: إن حج قاض فحل بغير محل ولايته فليس له أن يسمع بينة على من في محله، وأجازه أصبغ قال: ويسأل من قام بها تعديلها.

ومنعه

أي القاضي (فيه) في غير محل حكمه (الخطاب) على الرسوم وهو مفعول منع هو (المرتضى) عند ابن عتاب إذ قال في قاض حل بغير بلده وقد ثبت عنده ببلده حق لرجل، فطلب منه أن يخاطب به قاضي بلد المطلوب قال: لا يجوز له ذلك، ثم قال: ولا يبعد أن ينفذ (وسوغ التعريف) أي تعريف القاضي الحال للقاضي المحتل به بما ثبت عنده أي إنهاءه له مشافهة (بعض من مضى) وأشار به لقول ابن سهل: رأيت بعض فقهاء طليطلة يجيزون أخبار القاضي المحتل بذلك البلد قاضي البلد. قال الشارح: وعليه العمل عند قضاة الجماعة بالحضرة، فهذه إنهاء بالمشافهة والتي قبلها إنهاء بالكتابة (ويثبت القاضي على المحو وما. أشبهه) كالقطع والبشر وقرض الفار (الرسم) مفعول يثبت أي يصحح وعلى المحو حال منه لا صفة لأنها لا تتقدم على الموصوف، وقوله: (على ما سلما) بدل من الرسم وينص في كتبه على مبدأ المحو أو البشر ومنتهاه وقال في الفائق: إن وقع بشر أو محو في محل العقد من الوثيقة مثل عدد الدراهم أو أجلها أو التاريخ سئلت البينة فإن حفظت الشيء بعينه من غير أن يروا الوثيقة مضت، وإن لم يحفظوه سئلوا عن البشر، فإن حفظوه أيضاً مضت وإلاَّ سقطت وإن كان في غير مواضع العقد لم يضر الوثيقة و لم يوهنها، وإن لم يعتذر عنه اه. وظاهر قوله: وإلا سقطت سقوط الوثيقة كلها، وقيل: إنما يسقط محل البشر فقط ويثبت ما سواه إن استقل.

وعندما ينفذ حكم

من قاض (وطلب. تسجيله) أي طلب أحد الخصمين من القاضي أن يكتب له ذلك في سجل (فإنه أمر يجب) وهذا نص في أنه يلزم القاضي أن يعطي النسخة من الحكم لمن طلبها من المتداعيين (وما على القاضي جناح)إثم (لا ولا من حرج) ضيق ولا توكيد لما (إن ابتداه فعلا) أي إن فعل كتب الحكم وتسجيله ابتداء من قبل أن يسأل منه (وساغ) أي جاز (مع سؤاله) أي القاضي والمصدر مضاف للمفعول (تسجيل) فاعل ساغ (ما لم يوقع التزاع فيه كلما) اسم جمع. أي كلام والمعنى يجوز للقاضي أن يسجل ما لم يقع فيه نزاع على وجه التحصين والاستعداد. قال الشارح: كعقود الأحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم ونحوها مما ثبت عنده وليس فيه خصام. (وسائل التعجيز) أي الحكم بعدم قبول حجة يأتي بها بعد زيادة على الحكم بالحق.

ممن قد قضى

بالحق يجاب لذلك و(يمضي له) على المحكوم عليه (في كل شيء) مالاً وغيره (بالقضا إلا) في خمس مسائل (ادعاء حبس) عام كدار مثلاً على الفقراء وعجز عن إقامة البينة فعجزه القاضي فإذا وجدها بعد قبلت منه.

أو طلاق

ادعته المرأة وعجزت عن إقامة البينة فحكم عليها ببقائها تحت زوجها ثم جاءت بالبينة فيسمع منها (أو نسب) ادعاه أنه من ذرية فلان وأن له بينة وعجز عنها فيعجز، ثم أتى بها فلا يمضي عليه التعجيز وتسمع منه (أو دم) ثابت عمداً ادعى القاتل عفو الولي عنه وعجز عن إثبات ذلك وحكم عليه بالقتل فوجد البينة قبل أن يقتل فلا يقتل. هذا هو المراد بمسألة الدم لا ادعاء أنه قتل وليه وعجز عن الإثبات، فإن تعجيز هذا ماض خلافاً للزرقاني لأن ضابط المسائل الخمس كما عنده وعند غيره كل حق ليس لمدعيه إسقاطه بعد ثبوته (أو عتاق) ادعاه العبد على سيده وعجز عن إثباته فحكم عليه بالرق ثم وجد البينة (ثم على) ه(ذا القول) وأن التعجيز يمضي على المحكوم عليه في كل شيء سوى المستثنيات (ليس يلتفت. لما يقال) أي لما يأتي به من الحجج والبينات (بعد تعجيز ثبت) قال ابن سهل: وإذا انقضت الآجال والتلوم و لم يأت المؤجل له بشيء يوجب نظراً عجزه القاضي وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلوب ثم لا تسمع له بعد ذلك حجة أتى بها طالباً كان أو مطلوباً، ثم ذكر المستثنيات، والعادة أن يضمن التعجيز في عقد السجلات ولا يفرد بعقد، وأفهم قوله على ذا القول أن هناك من يقول: إن التعجيز لا يمضي ويسمع منه ما يأتي به من حجة بعده في كل شيء وهو كذلك، وثالثها تسمع من الطالب دون المطلوب، وهذا كله إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز وظاهر المدونة القبول فإن عجزه مدعي حجة لم يقبل منه ما أتى به قطعاً. وقيل: التعجيز هو الحكم بعد تبين اللدد، وقيل: هو الحكم وكلاهما لا يناسب كلام الناظم والله أعلم وأحكم.

باب الشهود

جمع شاهد (وأنواع الشهادات) الخمس (وما يتعلق بذلك) من تعارض البينات الشاهدة. قال الجوهري: خبر قاطع. وعرفاً قال ابن عبد السلام: معروفة فلا تحتاج لتفسير وبحث معه. ابن عرفة بقول القرافي: أقمت ثمان سنين أطلب الفرق بين الرواية والشهادة إلى أن ظفرت بقول المازري في شرح البرهان هما خبران غير أن المخبر عنه إن كان أمراً عاماً لا يختص بمعين كالأعمال بالنيات والشفعة فيما لا ينقسم فهو الرواية، وإن كان خاصاً أي متعلقاً بخاص كقولك لفلان على هذا كذا فهو الشهادة. ويحث معه انظر طالع ألا يأتي. (وشاهد) مبتدأ (صفته المرعية) فيه (عدالة) ويأتي تفسيرها (تيقظ) أي فطنة أو كونه ليس بمغفل بحيث لا تتمشى عليه الحيل، وهو أخص من التكليف المتضمن للعقل والبلوغ لأن غير العاقل البالغ لا يوصف بالفطنة فاستغنى به عن اشتراطهما، وهذا بالنسبة للعقل ظاهر، وأما بالنسبة للبلوغ فلعله باعتبار الأغلب وإلا فقد يكون الصبي فطناً (حرية) لأن الرق أثر كفر، ولأن المناصب الدينية من الشهاد والقضاء لا تليق بالرق لأن فيها إلزاماً والنفوس تأبى أن يلزمها من دونها. فلو ذات سوار لطمتني. و لم يشترط الناظم الذكورية اكتفاء

بذكر شاهد بصيغة التذكير ولأنها غير شرط، بل في أحكام خاصة كما يستبين. وبقي عليه اشتراط عدم الحجر، ويمكن أن يكون مشى على أنه لا يشترط وهو خلاف المشهور (خ): بلا فسق وحجر وبدعة المتيطي: مذهب ابن القاسم أن المولى عليه لا تجوز شهادته، وبهذا العمل في المدونة أن شهادة السفيه وإن كان عدلاً لا تجوز كان مولى عليه أو لا. ولما ذكر العدالة من صفات الشاهد أشار إلى بيانها بقوله: (والعدل من يجتنب) الذنوب (الكبائرا) دائماً كالشرب والسرقة ونحوهما وصغائر الخسة. كسرقة لقمة وتطفيف تمرة (ويتقي في الغالب) من أحواله (الصغائرا) لأن النادر لا يعتد به ولا يسلم منه إلا من عصمه الله، وقد قال مالك: من الرجال رجال لا تذكر عيوبهم. ابن يونس: إذا كان عيبه خفيفاً والأمر كله حسن فلا يذكر اليسير، والمراد بالصغائر في كلام الناظم صغائر غير الخسة كالنظرة لأجنبية بخلاف كلام (خ) فإنه قيد بصغائر الخسة لأن الشرط عنده عدم مباشرتها بالكلية فافهم. (و) يتقي (ما أبيح) من الأقوال والأفعال في حكم الشرع (وهو في العيان. يقدح في مروءة الإنسان) كالأكل في السوق والمشي حافياً في بلد لا يعتادون ذلك (خ) ذو مروءة بترك غير لائق من حمام وسماع غناء ودباغة وحياكة اختياراً. ابن عرفة: المروءة هي المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً كترك المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافياً وعلى ترك ما فعله مباح يوجب ذمه عرفاً كالأكل في السوق أو في حانوت الطباخ لغير الغريب، ثم ذكر ما يجرح به الشاهد وأنه قسمان مبرز وغيره.

فالعدل ذو التبريز

أي المبرز بكسر الراء وهو الفائق في العدالة من برز إذا فاق أصحابه فضلاً. وقال عياض: من تبريز الخيل وهو تقدم مساحبها قال في المعيار: والعامة وبعض الطلبة يعتقدون أن المبرز هو من برز لتحمل الشهادة وبيعها في الأسواق بإذن قاض أو أمير وليس كذلك، وإنما المبرز الفائق في العدالة. وكان بعض الشيوخ يمثله بأبي محمد صالح ونظرائه، وما أقل هذا الوصف في هذا الزمان المسكين. وقال غيره: هو في زماننا معدوم كبيض الأنوق يعني الرخمة وهو طائر يحرز بيضه في رؤوس الجبال فلا يكاد يظفر به. وقال القرافي: هو المنقطع في الخير والصلاح وأين هو اليوم إنما هو في وقتنا كالغراب الأعصم وهو الذي في جناحه ريشة بيضاء (ليس يقدح. فيه سوى عداوة) دنيوية (تستوضح) بينه وبين المشهود عليه يعني أو قرابة بينه وبين المشهود له.

وغير ذي التبريز قد

للتحقيق (يجرح. بغيرها) أي العداوة (من كل ما يستقبح) كشرب أو غصب أو سرقة أو ترك صلاة في وقتها، ثم الناس مع جهل حالهم محمولون على غير العدالة خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه إلا طلبة العلم فعلى العدالة كما في ابن هلال. ثم أشار الناظم إلى أن غير المعروف بالعدالة على أربعة أقسام فقال:

ومن عليه وسم

علامة (خير) مبتدأ (قد ظهر) خبر، وبه يتعلق عليه (زكي) بأن يشهد عدلان أنه عدل رضا ولا تقبل شهادته دون تعديل (إلا في ضرورة السفر) فتقبل شهادة القافلة بعضهم لبعض، وإن لم يعدلوا (ومن بعكس حاله) مبتدأ خبره في المجرور قبله أي من ظهر عليه وسم الشر و لم يتحقق عليه (فلا غنى. عن أن يزكى) ولا تقبل شهادته دونها في حضر أو سفر (والذي قد أعلنا بحالة الجرح) وما لا يليق من شرب ونحوه (فليس تقبل. له شهادة ولا يعدل) فيقبل.

وإن يكن مجهول حال

و لم يظهر عليه وسم خير ولا شر (زكيا) أي قبلت تزكيته ولا يقبل دونها ومع ذلك لا تلغى شهادته قبل التزكية مطلقاً بل توجب شبهة في المدعى فيه، ولذا قال: (وشبهة توجب فيما ادعيا) وإذا أوجبتها هذه فأحرى شهادة من ظهر عليه وسم خير، فإذا شهد اثنان بحق وكانا ممن لا يحكم بشهادتهما إلا بعد التزكية وقف الشيء كما يأتي. هذا معنى الشبهة ههنا، وأما تفسيرها بإيجاب اليمين أو الحميل ففيه نظر لأنهما يجبان بمجرد الدعوى، والمعروف أنها لا توجب قسامة. (ومطلقاً) أي حضر مجلس القاضي وكانت الشهادة على عينه أم لا (معروف عين عدلا. والعكس) وهو ما إذا كان الشاهد غير معروف العين عند القاضي زكى حال كونه (حاضراً وإن غاب فلا) يزكى ولا تقبل تزكيته إلا على عينه قاله في المدونة. (وشاهد تعديله باثنين. كذاك تجريح) بالتنوين مبتدأ وخبره (مبرزين) صفة لاثنين وما ذكره من اشتراط التبريز في التزكية صحيح منصوص لغير واحد قال المتيطي: وعليه أكثر أصحاب مالك وبه العمل اه من ابن عرفة. وأما ما اقتضاه التشبيه من اشتراطه في التجريح أيضاً وقرر به الشارحان ففيه نظر إذ لم يأتيا على ذلك بنقل و لم يذكر في المختصر في المسائل التي يشترط فيها التبريز إلا التزكية ثم قال بعد: وقدح في المتوسط بكل وفي المبرز بعداوة وقرابة وإن بدونه كغيرهما على المختار قال الزرقاني: وإن بدونه أي وإن بشاهد عدل دون المقدوح فيه في التبريز لأنهم لم يعدوا الشهادة القادحة في المبرز من المسائل التي يعتبر فيها التبريز انتهى. وفي المواق عن اللخمي بعد أن ذكر الخلاف فيمن يجرح المبرز ما نصه: والاستحسان أنه إذا كان الشاهد ليس بالمبرز قبل جرحه من عدل من غير مراعاة هل هو مثله أو دونه، وإن كان مبرزاً قبل من مبرز كان مثله أيضاً أو دونه اه. ولا يعارضه ما في المحشي لأنه في تجريح المبرز.

فإن قلت: نجعل تجريح في كلام الناظم مضافاً إلى مبرزين من إضافة المصدر إلى مفعوله فيكون قاصراً على هذه وهو صحيح. قلت: يمنعه أمران. أحدهما: التثنية إذ لا وجه لها، والثاني فوات اشتراط التبريز في التزكية. هذا كله في تزكية العلانية وهي ما يثبتها المشهود له عند الحاكم ويقوم بها، وأما تزكية السر بأن يبحث الحاكم عن حال شخص فيخبره من يثق به بعدالته أو جرحته فيكفي فيه الشاهد الواحد كما أشار له بقوله: (والفحص) أي البحث (من تلقاء قاض) أي من جهته (قنعا فيه) بعدل (واحد في الأمرين معاً) أي التزكية والتجريح ثم قال:

ومن يزكي

أي من أراد التزكية عند قاض (فليقل) في المزكى بالفتح أنه (عدل رضا) قال في المدونة: ولا يجزىء في التعديل إلا القول بأنهم عدول مرضيون اه. **لقوله تعالى: وأشهدوا ذوي عدل منكم}** (الطلاق:20) **وقوله سبحانه: ممن ترضون من الشهداء}** (البقرة:282) وهذا هو المشهور. (وبعضهم يجيز أن يبعضا) اللفظين فعن سحنون إن اقتصر على قوله عدل أجزأ، وعن بعض المتأخرين الاكتفاء بقوله: رضا، ولابن زرقون المعلوم من المذهب إجزاء الاقتصار على أحدهما، وقال اللخمي: إن اقتصر على إحدى الكلمتين و لم يسئل عن الأخرى فهو تعديل، وإن سئل فوقف فهو ريبة في تعديله. تنبيه: لا تقبل التزكية إلا من مبرز فطن عارف بباطن المزكي بأن خالطه في الأخذ والعطاء وصاحبه في الحضر والسفر عارف لا يخدع معتمد على طول عشرة لاسماع كائن من أهل سوقه أو محلته إلا لعذر كان لا يكون فيهم عدل معروف عند القاضي إلا من زكى غريباً أو امرأة فيصح أن يكون مجهولاً عند القاضي ثم يزكيه آخرون يعرفهم وهو معنى قول ابن عاشر:

تعديل احتاج لتعديل هبا

إلا مزكي امرأة أو غربا

وثابت الجرح

أي ما ثبت منه بشهادة عدلين (مقدم على ثابت تعديل) أي على ما ثبت منه فإذا شهدت بينة بعدالة الشخص وأخرى بجرحته قدمت المجرحة لأنها علمت من باطن حال الشاهد ما لم تعلمه المعدلة، وهذا كله (إذا ما اعتدلا) أي ثبوت الجرح وثبوت التعديل بأن تكافأت بينتهما، فإن كانت بينة الجرح أعدل فأحرى في تقديمها، وإن كانت المعدلة أعدل فروى ابن نافع عن مالك يؤخذ بالأعدل والمشهور خلافه وعليه فلا مفهوم لقوله: إذا ما اعتدلا. قال ابن سلمون: ولو شهد قوم بالتجريح وآخرون بالتعديل فشهادة المجرحين أتم لأنهم علموا من الباطن ما لم يعلمه المعدلون وهو قول ابن نافع وسحنون وبه جرى العمل اه. وقاله ابن أبي حازم قال سحنون: ولو عدله أربعة وجرحه اثنان والأربعة أعدل أخذت بشهادة المجرحين لأنهما علما ما لم يعلمه الآخرون اه. قال الشارح عن ابن رشد: ومحل الخلاف إذا لم يبين المجرحون الجرحة وإلا قدمت شهادتهم باتفاق اه. (وطالب التجديد للتعديل) الواقع على مجهول حال وحكم بشهادته ثم شهد ثانياً (مع مضي مدة) أي بعد مضي مدة يسيرة من شهادته الأولى كالأشهر وما دون السنة فتنوين مدة للتقليل فقال ابن القاسم: يكتفي بالتعديل الأول حتى يطول سنة. وقال سحنون: يطلب تعديله كلما شهد حتى يكثر تعديله ويشتهر مطلقاً. ابن عرفة: العمل قديماً وحديثاً على قول سحنون، ولذا قال الناظم:

فالأولى يتبع

أي دون قول ابن القاسم بالتفصيل ابن رشد: فلو تعديله بالقرب على قول طلب سحنون أو بالبعد على قول ابن القاسم فعجز عن ذلك لفقد من عدله أولاً وجب قبول شهادته لأن طلب تعديله ثانية إنما هو استحسان اه. (ولأخيه يشهد المبرز) أي تجوز شهادة الأخ لأخيه إذا كان مبرزاً بمال أو غيره (إلا بما التهمة فيه تبرز) كأن يشهد لأخيه بما ينفي عنه وصمة أو يدفع عنه محنة أو بنكاحه من يشرف بنكاحها لأنه في المعنى دافع عن نفسه ما يلحقه من الغم أو جالب لها بخلاف غير المبرز فلا تقبل شهادته لأخيه مطلقاً وقيل: تقبل (خ): بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل وتؤولت بخلافه كأجير ومولى وملاطف ومفاوض في غير مفاوضة وزائد أو ناقص، وذكر بعد شك وتزكية، فهذه النظائر التي يشترط فيها التبريز.

والأب

أي وشهادة الأب (لابنه) فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه (وعكسه) وهو شهادة الابن لأبيه (منع) فلا تقبل من واحد منهما للآخر لتأكد القرب فتجيء التهمة (وفي ابن زوجة) يشهد لزوج أمه (وعكس) وهو شهادة الرجل لابن زوجته (ذا) أي منع الشهادة (اتبع) في هذين أيضاً (و) في (والدي زوجة) بأن يشهد الرجل لزوج ابنته أو المرأة لزوج بنتها (أو زوجة أب) بأن تشهد لربيبها، وهو ابن زوجها. وتقدم منع شهادة الربيب لزوج أمه، ومثل هؤلاء من كان في معناهم في تأكيد القرب كالأب مع ابنته والبنت مع أبيها أو أمها إلى آخر ما مرّ فالمدار على قوة التهمة كما قال (وحيثما التهمة حالها غلب) وقد تحصل التهمة بالعداوة بين الشاهد والمشهود عليه (كحالة العدو) فلا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت العداوة بينة ولم تكن دينية فتقبل شهادة المسلم على الكافر أو الخفيف العداوة (والظنين) أي المتهم في شهادته على جرح كشهادته على موروثه المحصن بالزنا أو قتل عمداً ليقتل فيرثه أو دفع كشهادة بعض العاقلة بفسق شهود القتل ليسقط فتسقط عنهم الدية.

والخصم

فلا يشهد على خصمه (والوصي) فلا يشهد ليتيمه بمال لاتهامه على قبضه (والمدين) لا يشهد لرب الدين وقيد بما إذا كان معسراً لأنه يخاف حبسه فتلحقه التهمة (وساغ) أي جاز (أن يشهد الابن في محل) أي في أمر واحد كنكاح أو بيع انعقد بشهادتهما (مع أبيه وبه) أي بالقول بجواز ذلك وصحته (جرى العمل) وهو قول سحنون ومطرف، وفيه إشعار بأن هناك قولاً آخر بعدم جواز ذلك وأنه ليس به عمل وهو كذلك وهو قول أصبغ، وعليه فتلغى شهادة أحدهما وتعتبر واحدة وعلى هذا اقتصر (خ) إذ قال: وشهادة ابن مع أب واحدة ككل عند الآخر حيث يكون قاضياً أو على حكمه

أو شهادته ونزلت مسألة الابن مع أبيه في زمن السراج والحميدي فأفتى الأول بما في المختصر والثاني بما لابن عاصم ورفعت النازلة للسلطان المذهبي فخرج الحكم بما لابن عاصم وعليه العمل إلى الآن.

وزمن الأداء

وهو إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما يشهد به في النوادر. عن أشهب قوله للقاضي: هذه شهادتي أداء وتكفي الإشارة المفهمة (لا) زمن (التحمل) لأنه إذا تحملها كافراً أو عبداً أو صبياً أو فاسقاً ثم أداها عند القاضي وهو بخلاف هذه الصفات (صح اعتباره لمقتض جلي) أي ظاهر وهو أن الشهادة إنما تظهر فائدتها ويعمل بمقتضاها بالأداء، ومتى لم تؤد فهي كالعدم، فلذا اعتبر زمن الأداء لا زمن التحمل، والتحمل تحصيل علم ما يشهد به بسبب اختياري وهو مأمور به شرعاً (خ) والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية والله سبحانه أعلم.

فصل

ذكر فيه كيفية تحمل الشهادة وإعادتها والشهادة على الخط والنقص والزيادة فيها والرجوع عنها، والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية، وقيده ابن رشد بما إذا كان المشهود فيه جائزاً أو مندوباً أو واجباً فإن كان مكروهاً فالشهادة عليه مكروهة أو محرماً فالشهادة عليه حرام. وفي حديث البخاري: «لا تشهدني على جور». وقال المهلب: فيه من الفقه أن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز، ومن العلماء من رأى جوازه بقصد أن يرد. قال ابن المنير: يريد لا يضع خطه في وثيقة ظاهرها الجواز مع أن الباطن ممنوع، فإن فعل زاد فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع منه أو يبطله، وقيل بجواز ذلك بقصد أن يرد، وأما كيفية التحمل فهو ما أشار إليه بقوله: (ويشهد الشاهد بالإقرار) على من سمعه يقر على نفسه بما يلزمه فيه حق مالي أو بدني دون أن يقول له: اشهد علي بذلك وهو معنى قوله: (من غير إشهاد على المختار) ولكن (بشرط أن يستوعب) للشاهد (الكلاما من المقر البدء والتماما) أي من أوله إلى آخره لأنه إذا لم يستوعب الكلام كله قد يفوته شيء لو سمعه لم يشهد عليه لما تضمنه من نقض أوله لآخره. قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول فيمن مرّ برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما شيئاً و لم يشهداه، ثم طلب أحدهما تلك الشهادة قال: لا يشهد له. قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله إلى آخره إذ قد يكون قبله أو بعده كلام يبطله. قال في المفيد: وبه العمل ومثل الإقرار الذي هو موضوع المصنف الإنشاء ففي المدونة قال مالك: وإن سمع رجل رجلاً يطلق زوجته أو يقذف رجلاً فليشهد بذلك، وإن لم يشهده وعليه أن يخبر بذلك من له الشهادة ويشهد في الحدود بما سمع إن كان معه غيره. ابن يونس: خوف أن يقول المقذوف كذبت، وإنما عرضت أنت بقذفي فيحده ويدخل في كلام الناظم مسألة المختفي الممثل بها للحرص على التحمل ففي الموازية قيل لمالك فرجل لا يقر إلا خالياً هل أقعد له في موضع

لا يعلم للشهادة عليه؟ قال: لو أعلم أنك تستوعب أمرهما ولكن أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعله يقول له في سر: ما الذي عليك لو جئتك بكذا؟ فيقول: لك عندي كذا، فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز. محمد: إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعاً أو خائفاً. التوضيح: المشهور أن الاختفاء للشهادة لا يضرها وهو قول مالك وعامة أصحابه ومقابله إما مبني على أنه لا يشهد حتى يقول المشهود عليه اشهد عليّ وهو قول لمالك، وأما على أنه لا يرى الاختفاء يضر (وما به) أي والحق الذي (قد وقعت) به (شهادة وطلب العود) أي ثم جاء المشهود له، وزعم أن الرسم قد ضاع له وطلب منك أيها الشاهد أن تعيد له كتباً، وكذا إن كنت أديتها ثم جاء بالرسم وسأل منك أن تعيد الأداء عند القاضي الأول أو غيره (فلا إعادة) لما يخشى في ذلك من تكرر الحق على المطلوب كالدين والوصية والجراح وقد نظمها بعضهم فقال:

دين وصية كتابة دما

لا نسخ في رسومها قد علما

ولا مفهوم لهذه الأربع بل ضابط المنع كل ما يخشى فيه تكرر الحق فالمنع مقيد بذلك. وظاهره ولو كان الطالب لذلك مأموناً وهو قول ابن الماجشون: وزاد، فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به، وقال مطرف: بل يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأموناً وإن لم يكن مأموناً فقول ابن الماجشون: أحب إلي وقد استوفى المسألة الزقاق حيث قال:

ومن ينبغي تكرير كتبك رسمه

لزعم ضيّاع أو أداء فأهملا

وإلا وقد وديت تمضي مطرف

إذا كان مأموناً فكرر وإلا فلا

فرع: إذا أدى الشاهد شهادته لا يلزمه أن يعيد الأداء مرة أخرى لا عند القاضي الأول ولا عند غيره لأنه ضرر به والله تعالى يقول: **ولا يضار كاتب ولا شهيد}** (البقرة:282) إلا أن يكون في الرسم إجمال قاله في الفائق والمعيار. ثم تكلم على الشهادة على الخط وهي ثلاثة أقسام. الأول: شهادة الشاهد على خط نفسه وإليها أشار بقوله: (وشاهد برز) انظر من اشترط التبريز في ذلك (خطه عرف. نسي) هو أي الشاهد صاحب الخط (ما ضمنه) بخطه من الشهادة (فيما سلف) يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في الوثيقة وفي الشهادة أي العلامة والشكل الذي يوضع عوضاً عن تسمية الشاهد نفسه أو الشهادة فقط ونسي ما تضمنته الوثيقة ووقعت عليه الشهادة، فإنه يعتمد على خطه ويؤدي شهادته عند القاضي إذا لم يكن في الرسم من محو أو بشر لم يعتذر عنه فيه، وإلا لم يشهد وهو معنى قوله: (لا بد من أدائه بذلك) أي بمضمن خطه.

إلا مع استرابة هنالك

فحينئذ يمتنع من الأداء لقائم العذر من الريبة زيادة على النسيان وحيث يؤديها يحكم بها القاضي، وهو مراد المصنف. وهذا قول مالك الأول ثم رجع فقال: لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكرها، وبه أخذ ابن القاسم وأصبغ، واقتصر عليه (خ) فقال: لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع أي ذاكراً له أنه نسيها وبالأول أخذ عامة أصحابه مطرف

وابن الماجشون والمغيرة وابن وهب وابن دينار وابن أبي حازم، واختاره سحنون في نوازله وبه العمل قال اللخمي: لو وكل الناس اليوم إلى الحفظ لما أدى واحد شهادته ولضاعت حقوق الناس، وقيل: لا تجوز ولا يؤديها ولا يحكم بها. ورابعها: يشهد إن كانت في بطن رق لا في ظهره أو في كاغد لسهولة البشر. وخامسها: إن كانت الوثيقة بخطه.

(والحكم في القاضي) يجد في ديوانه حكماً بخطه ولا يذكر القضية (كمثل الشاهد) فينفذه ويمضيه حيث لم تكن ريبة (وقيل بالفرق) بينه وبين الشاهد (لمعنى زائد) فيه وهو أنه كان يمكنه أن يشهد على حكمه عدلين بخلاف الشاهد إذ فعل مقدوره.

تنبيه: قال الشارح: ومن تبعه اعتمد الناظم في حكاية الخلاف في مسألة القاضي على ما حكاه ابن المناصف عن أهل عصره وما ذكره بعده من التفرقة بين الشاهد والقاضي وفيه نظر، فإن الخلاف المستفاد من كلام ابن المناصف على الوجه المذكور إنما هو قبول كتب القاضي إلى قاض بمجرد معرفة خطه. هذا الذي فيه عمل أهل عصره، وما رواه عن المذهب، وأما مسألة القاضي يجد في ديوانه حكماً بخطه فليس عنده فيه إلا أنه لا يجوز ولا ينفذ. ونص ما نقله عن ابن المناصف وإن كان فيه بعض الطول قال ابن المناصف: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتاب القاضي في الأحكام والحقوق بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف ولا يستطيع أحد صرفهم عنه فيما أظن، مع أني لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، بل قولهم في القاضي يجد حكماً في ديوانه بخطه وهو لا يذكر أنه حكم به أنه لا يجوز له إنفاذه إلا أن يشهد عنده بذلك الحكم شاهدان ولا إن وجده القاضي المولى بعده، فإنه لا يعمل به ولا يتخرج القول بعمله بتيقنه بخطه دون ذكر حكمه به من الخلاف في الشاهد بتيقن خطه بالشهادة بالحق، ولا يذكر موطنها لعذر الشاهد في الجملة إذ هو مقدور كسبه، والقاضي كان قادراً على الشهادة على حكمه اه. فهما مسألتان مسألة العمل بكتاب القاضي بمجرد معرفة خطه ويتحصل فيها القولان، ومسألة وجوده هو حكماً في ديوانه بخطه دون أن يذكره، وهذه ليس فيها قول بأنه يعمل به دون إشهاد لا نصاً ولا تخريجاً كما قاله ابن المناصف، وعليه فكان على الناظم أن يقول:

والحكم للقاضي بعكس الشاهد

فلا ينفذ لمعنى زائد

القسم الثاني: الشهادة على خط الميت أو الغائب وإليه أشار بقوله: (وخط عدل مات أو غاب) ببعد وهو مسافة القصر أو ما يدرك فيه الشاهد مشقة (اكتفى فيه بعدلين) يشهدان على الخط الواحد أو أكثر فيشهد عدلان على خط أو خطوط في رسوم متعددة إن عرفاه كالمعشين وأنه أوقعها في حال العدالة وقبول الشهادة و لم يزل على ذلك في علمه إلى أن مات أو إلى الآن إن كان غائباً ولا يشترط إدراك صاحب الخط لإمكان معرفته دون صاحبه قاله ابن عبد السلام وهل يشترط معرفة أنه كان يعرف مشهده أولاً لاستلزام العدالة إياه؟ قولان. نعم لا بد أن يكون فطناً عارفاً بالخطوط ممارساً لها، ومفهوم عدل أن غير العدل لا يشهده على خطه ثم قيل: إنما يعمل بالشهادة على الخط فيما يجوز فيه الشاهد واليمين فقط، وقيل في الحقوق المالية والأحباس القديمة، وإليه أشار بقوله:

وفي المال اقتفي والحبس إن يقدم

قاله ابن الهندي، وبه كان العمل قديماً (وقيل يعتمل) أي يعمل بها (في كل شيء وبه جرى) الآن (العمل) كزمان الناظم قال في المفيد قال ابن حارث جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد ولا أعلم أحداً من أهل العلم فرق في ذلك بين الأحباس وغيرها في حال من الأحوال اه. وقيل: لا تجوز في شيء من الأشياء وزعم الباجي أنه المشهور وهو معارض بقول ابن رشد: لم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها، (كذاك) تجوز الشهادة على الخط (في الغيبة) للشاهد (مطلقاً) في المال وغيره وهذا كله تكرار مع قوله أو غاب، وإنما أعاده ليفيد قدر الغيبة بقوله: (وفي مسافة القصر أجيز فاعرف) قاله ابن الماجشون. قال ابن منظور: وبه العمل، وقال أصبغ: مثل إفريقية من مصر ومكة من العراق. ابن عبد السلام: والأحسن قول سحنون عدم التحديد إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة يعلم ذلك عند نزوله وجدت العادة عندنا أن اختلاف عمل القضاة يتنزل منزلة البعد، وإن كان ما بين العملين قريباً لأن حال الشاهد يعلم في بلده وعند قاضيه لا في غيره وفيه مع ذلك ضعف، فإن الذي يشهد على خطه كالناقل عنه فلا بد أن يعدله أو يكون معلوماً عند القاضي اه.

فرع: سئل أبو الحسن عن شهيدين نظرا وثيقة وحفظا مضمونها وعرفا خطها وعدالة صاحب الخط وضاع الرسم هل يعمل بشهادتهما وتكون إحياء له أو لا؟ فأجاب: بأنه يعمل بها إذ لا فرق بينه وبين رفعهما على خطها مع جهل القاضي به قاله في المعيار، ثم قال: وفي ابن عرفة والمتيطي ما يناقض هذه الفتوى وهو الصحيح الذي لا يلتفت إلى غيره وهو المعبر عنه بأن معاينة الرسوم لا تفيد. تنبيه: جرى العمل بثبوت خط الميت والغائب بشهادة عدل واحد دون يمين. قيل: وهو رواية في الخلاف، وفيه نظر فإن الذي في الجلاب ثبوته بالشاهد واليمين. نعم في التبصرة لابن فرحون ما نصه: مسألة ويكتفي عقد أشهب في ثبوت الخط بشهادة رجل واحد اه. من الباب الرابع عشر من القسم الثاني.

القسم الثالث: الشهادة على خط المنكر أنه خطه فيلزم بما تضمنه من الإقرار وإليه أشار بقوله: (وكاتب بخطه ما شاءه) مما أقربه من دين أو أمانة أو غيرهما (ومات بعد) وأنكر ذلك وارثه (أو) لم يمت وأنكر هو أن يكون خطه و(أبى إمضاءه. يثبت خطه) بشهادة عدلين (ويمضي ما اقتضى) أي يحكم به (دون يمين) على المشهور (خ) وجازت على خط مقر بلا يمين (وبذا اليوم القضا)ء وقال ابن الحاجب: ولا يحلف على الأصح التوضيح ومنشأ الخلاف هل يتنزل الشاهدان على خطه منزلة الشاهدين على الإقرار فلا يمين أو منزلة الشاهد فقط لضعف الشهادة على الخط فلا بد من اليمين؟ فلو قام له شاهد واحد على خط المقر ففي ذلك روايتان. إحداهما أنه يحلف معه ويقضى له، والأخرى أنه لا يحكم له بذلك اه. بناء على الاحتياج مع الشاهدين إلى اليمين فلا تقبل شهادة الواحد أولاً فتقبل مع اليمين. وذكر في التوضيح أنه يحتاج إلى يمينين يمين مع شاهده ويمين ليكمل السبب اه. وليس بظاهر لأن قبول الواحد مفرع على أنه لا يمين مع الشاهدين، وحينئذ فليس إلا يمين واحدة تقوم مقام الشاهد لتكميل النصاب وهو الذي يقتضيه كلام ابن هارون في اختصار المتيطية.

فرع: فلو لم يوجد شاهد وطلب المدعي أن يكتب المدعى عليه ويقابل بما عنده فقال المازري: اختلف فيه شيخان أفتى عبد الحميد بعدم جبره، وأفتى اللخمي بجبره وأن يطول تطويلاً لا يمكنه فيه أن يستعمل غير خطه. ابن عرفة: وما قاله عبد الحميد أظهر.

وامتنع النقصان والزيادة

أي قبولهما (إلا لمن برز في الشهادة) فيقبل كما لو شهد أن لزيد على عمرو مائة ثم شهد أنها ثمانون أو مائة وعشرون، فتقبل شهادته ويعمل على ما أدى. ثانياً وغير المبرز لا تقبل منه الأولى ولا الثانية، وفي المتيطي: لا تقبل الزيادة إلا من المبرز ويقبل النقص من المبرز وغيره، وهذا كله فيما بعد الأداء وإلاَّ فالشهادة ما أدى به وتقبل من المبرز وغيره، ثم تكلم على رجوع الشاهد عن شهادته، وله ثلاث صور قبل القضاء فلا يقضي بها وتصير كالعدم وإليها أشار بقوله:

و

شاهد (راجع عنها) أي عن شهادته (قبوله) أي قبول رجوعه، ولو قال رجوعه (اعتبر ما الحكم لم يمض) أي مدة كون الحكم لم يقع هذا إذا اعتذر بسهو أو نحوه؟ (وإن لم يعتذر) فتسقط الشهادة ولا يلزم الشاهد شيء إلا أن تكون بزنا فيحد الراجع. الصورة الثانية: أن يكون بعد الحكم وقبل الاستيفاء فلا يقبل رجوعهم ويستوفى المال لنفاقاً، وكذا الدم عند ابن القاسم، ولا ينقض الحكم إلا أن يتبين كذبهم كحياة من قتل أوجبه قبل الزنا فينقض، ولابن القاسم أيضاً مع غيره لا يستوفى الدم لحرمته ويعتبر فيه الرجوع وعلى الأول فيغرمان الدية كالمال، وبه أفتى (خ) الصورة الثالثة: أن يكون الرجوع بعد الحكم والاستيفاء فلم يبق إلا الغرم فيغرمان المال والدية إن لم يثبت عمدهما. عند ابن القاسم وأشهب: ولا يغرمان عند ابن الماجشون فإن ثبت عمدهما فالدية عند ابن القاسم أيضاً والقصاص عند أشهب ويعاقبان في العمد إذا لم يكن قصاص وإلى الصورتين الأخيرتين أشار الناظم بقوله:

وإن مضى الحكم فلا

يقبل رجوع (واختلفا في غرمه لما بها) أي بالشهادة (قد أتلفا) فقال القاسم وأشهب: يغرم. وقال ابن الماجشون: لا غرم. (وشاهد الزور) وهو كما قال ابن عرفة: الشاهد بغير ما يعلم عمداً ولو طابق الواقع (اتفاقاً) من ابن الماجشون وغيره (يغرمه) أي المال (في كل حال) يعني سواء كان المشهود به مالاً وفاقاً أو دماً على قول ابن القاسم. وقال أشهب: يقتص منه كما مرَّ.

والعقاب يلزمه

حيث ظهر عليه قال مالك: إذا ظهر عليه ضرب وطيف به في المجالس ابن القاسم: يعني في المساجد محمد بن عبد العزيز: يضرب أربعين ويطاف به ابن المواز ويسجن ابن عبد الحكم ويكتب القاضي بذلك كتاباً يجعل منه نسخاً على أيدي ثقات. ابن القاسم عن مالك: ولا تقبل له شهادة أبداً وإن تاب. وعن ابن القاسم: تقبل إذا تاب وحسنت حاله،

وزاد في الخير وبالأول العمل واختلف في عقوبته إذا جاء تائباً وإلا ظهر أن لا يعاقب ولا تجوز شهادته. صح من ابن هارون.

فصل

في أنواع الشهادات وأقسامها باعتبار ما توجبه (ثم) لترتيب الأخبار (الشهادة لدى) عند (الأداء) أما قبله فلا عبرة بها ولا توجب شيئاً (جملتها) أي جملة أقسامها (خمس) لا زائد عليها في المذهب المالكي (بالاستقراء) التتبع والبحث وهو المذكورة في الفصول الخمسة وتبع في هذا الصنيع الجزيري ولابن شاس وابن الحاجب و(خ) تقسيم آخر باعتبار ما يكفي منها وسموه مراتب وهي أربعة عدلان عدل وامرأتان أو أحدهما مع اليمين امرأتاه (تختص أولاها) أي أولى الخمس (على التعيين) أي مع تعيين كونها أولى واستحقاقها للتقديم لإيجابها الحق بمجردها فهي التي تستأهل أن تسمى شهادة (أن توجب الحق) المشهود بمقتضاه (بلا يمين) على المشهود وتعضدها فلا ينافي أنه قد تجب معها يمين القضاء وذلك حيث تكون الدعوى على ميت أو غائب أو ما في معناهما وفي استحقاق غير العقار لأنها في الأولى في مقابلة دعوى مقدرة، وفي الثانية لأنهم يقولون ولا نعلمه خرج عن ملكه فلا تتم الشهادة إلا بيمين المشهود له فليست لتقوى الشهادة فيهما، ثم هذا القسم تحته أنواع. الأول: شهادة أربعة وهو قوله: (ففي الزنا) أي الشهادة برؤية الزنا (من الذكور أربعة) يرونه كالمرود في المكحلة بوقت ورؤية اتحدا، فإذا تمت حدا. وهذا في الزنا طوعاً وكذا في الإكراه بالنسبة لحده وإلا كفى عدلان في وجوب صداقها عليه أو على مكرهه قاله ابن عرفة. والثاني: شهادة عدلين وهو قوله: (وما عدا الزنا) أي وليس بمال ولا آيل إليه بدليل ما بعده (ففي اثنين) من الذكور (سعة) أي توسعة في الاكتفاء بهما كعتق وإسلام وردة ونكاح وطلاق ورجعة وبلوغ وولاء وعدة ونحوها، فتثبت بشهادة عدلين من غير يمين وليس منها الآجال ولا الشركة بل من النوع الثالث؛ وهو المال أو ما يؤول إليه المشار إليه بقوله:

ورجل

مبتدأ سوغ الابتداء به وصفه بالجملة بعده و(بامرأتين) متعلق ب(يعتضد في كل ما يرجع للمال) متعلق ب(اعتمد) وهو خبر المبتدأ وتقديره البيت، ورجل معتضد أي متقو بامرأتين اعتمد في كل ما يرجع للمال ظاهره وليس بمال كالوكالة، ونقل الشهادة عمن شهد بالمال على النكاح بعد موت الزوج أو الزوجة فيثبت الإرث، وفي معنى المصنف عكسه وهو الشهادة على المال ولكنه يؤول إلى غيره كشهادة عدل وامرأتين على سيد المكاتب يقبض نجوم الكتابة فيعتق أو على سيد أمة أنه باعها من ابنها أو زوجها فتؤدي إلى العتق والفراق، وأحرى من المصنف لو كانت الشهادة على نفس المال كالبيع أي كعشرة مثلاً من بيع كان على النقد أو الآجال والقرض والقراض وشبهها فتناول كلام الناظم نصاً ومفهوماً في هذا النوع ثلاثة أقسام. النوع الرابع: شهادة امرأتين وذلك فيما لا يطلع عليه إلا النساء كما أشار له بقوله: (وفي

اثنتين حيث لا يطلع) على المشهود به (إلا النساء كالمحيض) والرضاع والولادة والاستهلال وعيوب الفرج (مقنع) أي قناعة واكتفاء. النوع الخامس: ما هو من باب الأخبار، وفي إدخاله في أنواع الشهادة تجوز ظاهر فيثبت فيه الحكم بواحد كما قال:

وواحد يجزىء في باب الخبر

مما شأنه أن يشارك المخبر فيه غيره كالقائف وقائس الجرح والبيطار ومستنكه رائحة الخمر والترجمان والحائز والمحلف ومزكي السر (واثنان أولى عند كل ذي نظر) في جميع ذلك ولا بد من العدالة إلا إذا تعذرت كمسألة العيوب فيقبل للعتذر غير عدول وإن مشركين لضعف هذه الشهادة بخلاف شهادة امرأتين بالاستهلال. النوع السادس: شهادة الصبيان في الجرح والقتل فيستقل الحكم بها بشروط، وإليه أشار بقوله:

وبشهادة من الصبيان في. جرح وقتل بينهم قد اكتفى

عن الكبار وعن اليمين معهم لإجماع أهل المدينة. قال ابن أبي مليكة: هي السنة وما أدركت القضاة إلا وهم يحكمون بها بخلاف النساء في المآتم والأعراس، فلا بد من شروط الشهادة (وشرطها) أي شهادة الصبيان (التمييز). وحكى اللخمي عن عبد الوهاب كونه ممن يعقل الشهادة وهو أحص، وفي المدونة ابن عشر سنين فأقل مما قاربها (والذكورة) فلا تقبل شهادة البنات (والاتفاق في وقوع الصورة) بأن لا يختلفوا وتلقيت منهم (من قبل أن يفترقوا) إلا أن يشهد عليهم قبلها (أو يدخلا. فيهم كبير خوف أن يبدلا) الكيفية أو يعلمهم كيف يشهدون، وهذا إذا كان غير عدل فإن كان عدلاً فإن قال: لا أدري قبلت شهادتهم وإلاَّ فلا ولا بد من شرط التعدد وأن لا يشهدوا على كبير أوله، وهذان يؤخذان من قوله الصبيان، وقوله بينهم وأن لا يكون قريباً للمشهود له ولا عدواً للمشهود عليه ولا معروفاً بالكذب ولا بد في القتل من وجود عينه قاله ابن رشد ثم لا يقدح رجوعهم ولا تجريحهم.

فصل

شهادة (ثانية) فهو مبتدأ سوغ الابتداء به كونه صفة لمحذوف وخبره (توجب حقاً) أي الحق المدعى به (مع قسم. في المال أو ما آل للمال تؤم) أي تقصد وتوجد تلك الشهادة فقوله: في المال الخ.. متعلق بتؤم، وتحت هذا القسم أربعة أنواع. أحدها:

شهادة العدل لمن أقامه

أي له مائة مثلاً على آخر من بيع أو قرض أو غير ذلك فيحلف مع شاهده ويستحق والحكم بالشاهد واليمين في المذهب المالكي متفق عليه. قال ابن سهل: إلا يحيى بن يحيى بالأندلس فإنه تركه، وزعم أن الليث لم يقل به وتبعه عبد الله بن يحيى فقال: وأنا لا أوثر على ما اختاره أبي شيئاً وقاله المتيطي أيضاً زاد ابن بشير القاضي لم يحكم به. قال ابن سهل: ولا تطيب النفس إلا بالشاهد المبرز وفيه خارجة خلاف لا حاجة لنقله. وفي ابن يونس: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد واليمين في الأموال دون العتق والنكاح والطلاق والحدود والقتل. وفي الموطأ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد، وفي المدونة: من أقام شاهداً على رجل، أنه تكفل بما على فلان حلف مع شاهده واستحق الكفالة قبله. (و)النوع الثاني (امرأتان) أي شهادة امرأتين وكذا أكثر (اقامتا مقامه) أي مقام الشاهد الواحد فيحلف معهما مقيمهما ويثبت حقه، وإن كان صبياً لم يحلف حتى يكبر قاله في المقرب، والأصل في قيام المرأتين مع العدل **قوله تعالى: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان}** (البقرة:282) فكما يحلف معه إذا انفرد فكذلك يحلف معهما اه. فرع: يحاصص من قضى له في دينه بشاهد ويمين مع من قضى له بشاهدين، وإذا نكل مع الشاهد في حق لم يمنعه نكوله أن يحلف معه في حق آخر ويثبت حكم الحاكم في المال بالشاهد واليمين على المعتمد خلافاً لما اقتصر عليه (م خ) وأيضاً بتصرف فيه. أو بأنه حكم له به. تنبيه: لم يذكر المصنف من هذا النوع شهادة غير العدل في إيجاب القسامة كما فعل المتيطي والجزيري لأن المتبادر من قوله: مع قسم اليمين الواحدة وهذه خمسون. وقال (م) لأنه خلاف المشهور، وقال الشارح لذكره فيما سيأتي بقوله ومالك فيما رواه أشهب. قسامة بغير عدل تجب، و لم يرتضه (م) قائلاً لأن المقصود جمع النظائر اه. وهذا لازم له أيضاً والله أعلم. والنوع الثالث: الشاهد

العرفي، وإليه أشار بقوله: (وههنا) أي في إيجاب الحق مع قسم (عن شاهد) حقيقي متعلق بقوله: (قد يغني) الشاهد العرفي وأمثلته على ما ذكر الناظم أربعة. الأول: (إرخاء ستر) أي التخلية بين الزوج وزوجته. قال في التوضيح: هذا الذي يعبر عنه علماؤنا بإرخاء الستور، وإن لم يكن ستر ولا غلق باب، فإذا وقع ذلك وطلقها ثم ادعى عدم المسيس وادعته هي فالقول قولها مع يمينها، فتأخذ الصداق بكماله. قال ابن أبي زمنين: لأن الحامل على الوطء أمر جبلي والعادة أن الرجل إذا خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوق لها قلما يفارقها قبل الوصول إليها اه. ولا فرق على المشهور بين أن يقوم بها مانع شرعي من حيض أو إحرام أو لا. وقال بعضهم: لا تصدق مع المانع إلا على من يليق به ذلك أما الصالح فلا.

فرع: يلحق بهذه المغصوبة تحمل ببينة وتدعي الوطء فلها الصداق كاملاً كما في ابن الحاجب، وإن لم يجب الحد ويكفي في هذه البينة اثنان. الثاني: من أمثلة الشاهد العرفي قوله:

واحتياز رهن

أشار بهذا لما في المدونة عن مالك في الراهن يقبض الرهن، ثم قام المرتهن يطلب دينه أو بعضه فزعم الراهن أنه دفعه إليه فيحلف الراهن ولا شيء عليه نقله المواق (خ) والراهن بيده رهنه بدفع الدين هذا هو المناسب لقول المصنف واحتياز رهن. ولو أراد مسألة وهو كالشاهد في قدر الدين لقال مثلاً إرخاء ساتر وقدر رهن خلافاً للشارحين. (و) المثال الثالث للشاهد العرفي (اليد) أي الحوز (مع مجرد الدعوى) من القائم (أو) مع قيام بينة على دعواه تشهد بأن الدابة مثلاً له وإنها نتجت عنده، لكن أقام المدعي عليه بينة مثلها شهدت أنها له أنها نتجت عنده وتكافأت البينتان فتسقطان وتعود لليد مع مجرد الدعوى وهو قوله أو (أن) بفتح الهمزة ونقلها للواو (تكافأت بينتان) أي اليد مع مجرد الدعوى أو مع تكافيء البينتين (فاستبن) تتميم (و) المثال الرابع (المدعى عليه يأبى القسما) أي يمتنع من الحلف وينكل عنه، فإن نكوله في العرف كشاهد يحلف معه الطالب ويستحق، وهذا إذا كانت دعوى تحقيق، وإلا استحق بمجرد النكول ابن شاس ويتم نكوله بقوله: لا أحلف أو أنا ناكل أو أحلف أنت ويتمادى على الامتناع من اليمين فيحكم القاضي بنكوله، فإن قال بعد ذلك: أحلف لم يقبل منه (وفي سوى ذلك) أي ما ذكر من أمثلة الشاهد العرفي كمعرفة العفاص والوكاء في اللقطة ومن الغمط والعقد في الحيطان ومن ادعى ما يشبه في البيوع وسائر المعاوضات، وما يعرف للزوج أو للزوجة في متاع البيت عند تنازعهما، ودعوى الأب العارية لابنته داخل السنة وانقضاء عدة غير الأشهر (خلف علما). وأراد والله أعلم أن ما عدا المذكورات في المتن فيه اختلاف في الراجح أي اختلف أفراده فيه مع وجود الشاهد العرفي في الجميع ففي الأول والأخير الراجح بلا يمين وفيما بينهما به (خ): ورد بمعرفة مشدود فيه وبلا يمين وصدقت في انقضاء عدة الإفراد والوضع بلا يمين ما أمكن لا أن المراد الخلاف هل يحلف معه أم لا بناء على

أنه كشاهد واحد أو كشاهدين فإن الخلاف بهذا المعنى في جميع أفراد الشاهد العرفي كما قاله أهل القواعد.

ولا يمين

على المطلوب ثانياً إذا نكل وتوجهت على المدعي فنكل وهو قوله: (مع نكول المدعي بعد) أي بعد نكول المدعى عليه (ويقضي بسقوط ما ادعي) أي الدعوى. تنبيه: في عد هذه من هذا القسم مسامحة درج عليها المتيطي وغيره بخلاف الرابع فلا مسامحة فيه خلافاً للشارح ومن تبعه.

و

الرابع من أنواع الشهادة الموجبة حقاً مع قسم (غالب الظن) أي شهادة غالب الظن وإنما أضيفت إليه كما قلنا لأن الظن تقع (به الشهادة بحيث) أي مكان (لا يصح) فيه (قطع عادة) أو يصح لكنه عسير بالنسبة للمخالط المطلع على باطن الحال فضلاً عن غيره، وذلك كالشهادة بالفقر لمن طولب بدين مع إمكان أن يكون له مال أخفاه إذا رؤيت عليه

مخايل الفقر من صبره على الجوع والبرد وغيرهما مما فيه ضرر، وكالشهادة بضرر الزوج بزوجته إذا ظهرت مخايل ذلك بتكرر شكواها للأقارب والجيران مع احتمال كذبها وأنها تريد فراقه، وكالشهادة باستحقاق غير العقار حيث يشهد بأنه ماله وملكه و لم يخرج عن ملكه في علمهم، فلا بد من الحلف مع البينة في ذلك لكونها إنما شهدت بظاهر حال. قال في التوضيح: وضابطه كل بينة شهدت بظاهر فيستظهر بيمين على باطن الأمر قال في المقدمات: وصفة يمينه أن يحلف أنه ليس له مال ظاهر ولا باطن وإن وجد مالاً ليؤدين له حقه. وهذه الصفة ذكرها في المدونة عن الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما. وذكرها صاحب الوثائق المجموعة وغيرها ثم قال في التوضيح: وإذا حلف المطلوب فقال أبو عمران: يحلف على البت، وقال غيره: على العلم إذ قد يكون قد ملك من إرث أو هبة و لم يعلم به. ابن رشد: وقول أبي عمران ظاهر المجموعة اه. ولذا قال الزرقاني في قول المتن: وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك أي لا أعرف لي مالاً ظاهراً ولا باطناً، والمذهب أنه يحلف على البت، ثم قال: ويستثنى من الضابط المذكور إثبات أحد الأبوين فقر نفسه لتلزم نفقته ابنه اه. وفي ذلك قلت:

وكل من بظاهر قد شهدا

له فحلفه بقطع أبدا

إلا أبا كلف بالإعسار

لينفق ابنه على المختار

قال أبو إسحاق الشاطبي: والأصل في الشهادة أن لا تكون إلا عن قطع، لكن إذا لم يكن ذلك فلا بد من التنزل إلى ما دونه للضرورة. أصله الشهادة عند الحاكم لا تفيد في الغالب إلا الظن ويقضى بها.

تنبيه: يرد على الضابط المذكور الشهادة بعدة الورثة فإنها على العلم إذ لا بد أن يقولوا: لا نعلم له وارثاً سواه مثلاً وإن قطعوا بطلت ولا يحلف معها مقيمها فتأمله.

فصل في التوقيف

ويسمى العقلة والإيقاف وذكر أسبابه وكيفيته. وحاصله أنه إما للإعذار في العدلين بعد شهادتهما أو لإقامة ثان أو لتزكية اثنين مجهولين عند القاضي أو لظهور مخايل الصدق كالنشدان. قال ابن فرحون: ولا يعقل على أحد شيء بمجرد دعوى الغير فيه حتى ينضم إلى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ والسبب كالشاهد العدل أو المرجو تزكيته واللطخ شهادة. غير العدول ثم تختلف كيفيته على ما سيأتي شهادة (ثلاثة لا توجب الحق) المدعى به نفسه (نعم توجب توقيفاً به حكم الحكم) واقع.

وهي شهادة بقطع ارتضي

أي قبل لكونها بعدلين مقبولين واحترز بقوله: بقطع من شهادة السماع لأنها لا ينتزع بها من يد حائز فلا توجب توقيفاً إلا يدعي معها بينة قطع قريبة على ما يأتي في قوله: أو في السماع أن عبده أبق، فإذا شهد عدلان باستحقاق الدار مثلاً (وبقي الإعذار فيما تقتضي) شهادتهما فلا بد من الإعذار فيهما للمطلوب إذ لا يصح الحكم دونه، فهذه الشهادة لم توجب الآن الحق وإنما أوجبت التوقيف. (وحيث) وجب (توقيف من) أي في الشيء (المطلوب) سواء كان لما ذكر أو لما يأتي (فلا غنى عن أجل مضروب) لذلك الإعذار أو للتزكية أو للإتيان بشاهد ثان على حسب ما يراه الحاكم وقرب البينة وبعدها، فإن تمت الشهادة وإلا بقي بيد صاحبه يصنع فيه ما شاء. ثم أشار إلى كيفية التوقيف وبماذا يكون فقال: (ووقف ما كالدور) كأن هذه الكاف استقصائية فإن الذي في المنتخب والتبصرة والتوضيح وابن سهل فرض ذلك في الدار إلا أن يقال يلحق بها ما في معناها من أروى أو حانوت يرادان للسكنى والانتفاع لا للكراء والاستغلال، فوقف ذلك (غلق) أي يكون بغلقه (مع أجل) مضروب (لنقل ما فيها) أي الدار.

به

أي بهذا القول هو وقف العقار على الوجه والتفصيل المذكور (صح العمل) ويأتي أن مقابله هو المشهور، ومذهب المدونة (وما له كالفرن خرج) أي والأصل الذي له خراج كالفرن (والرحا ففيه توقيف الخراج وضحا) ولا يغلق ولا تعطل منفعته (وهو) أي الوقف (في الأرض المنع من أن تعمرا) بحراثة أو غرس (والحظ يكرى) مبتدأ وخبر أي وتوقيف الحظ إذا كانت الدعوى فيه كمثلث حانوت أو فندق مثلاً يكرى الحظ مع الباقي المسلم. (ويوقف الكرا قيل جميعاً أو) أي وقيل يوقف من كراء الحانوت أو الفندق (بقدر ما يجب للحظ) المتنازع فيه (من ذاك) الكراء الحاصل لجميع الأصل (والأول) أي وقف الجميع (انتخب) يريد تصويب ابن سهل إياه كما تقف عليه، ومفهوم كالدور إن وقف غيرها من العروض والحيوان ليس كذلك، والحكم أن توضع تحت يد أمين وهذا كله حيث قام للطالب شاهدان عدلان كما هو الموضوع فإن كانا مجهولين أو عدل واحد وقف الأصل بمنعه من التفويت فقط ولا يخرج من يد حائزه كما قال:

وشاهد عدل به الأصل وقف

بمنع تفويته بهدم أو بيع (ولا يزال من يد بها ألف) فإن كان له خراج أو غلة وقفت أيضاً كما قال: (وباتفاق وقف ما يفاد منه) أي من الأصل الموقوف بشهادة عدل.

إذا ما

زائدة (أمن الفساد) كثمر أو كراء فإن لم يؤمن فساده كبرقوق ومشمش بيع ووقف ثمنه، وأما العرض فيوقف أيضاً على يد أمين قال في التوضيح: وفي مسائل ابن زرب: كل ما يغاب عليه من العروض وغيرها يوقف بشاهد عدل بخلاف العقار لا يعقل إلا بشاهدين وحيازتهما. ابن سهل: الذي عليه الفتوى إن كانت الدعوى في دار اعتقلت بالغلق وإن كانت في أرض منع حرثها بعد التوقيف وإن كانت في شيء مما له خراج وقف الخراج وإن كانت في حصة في دار أو أرض اعتقلت الدار كلها أو الأرض وجميع الكراء فيما له كراء، وقيل يوقف من الكراء ما يقع للحصة المدعى فيها فقط ويدفع سائره إلى المدعى عليه قال: والأول أصوب عندي وكان سحنون يؤجل المعقول عليه في الإخلاء اليومين والثلاثة، وإن سأل أن يترك فيها ما يثقل عليه إخراجه فعل ثم يغلقها ويطبع عليها، ويكون المفتاح عنده، وإن كان في غير الحاضرة بعث أميناً يعقلها عليه اه. ونحوه في التتائي وغيره من شروح المختصر. قال الشيخ مصطفى: وهذا وإن كان قولاً جرى به القضاء وهو خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة أن العقار لا يعقل بحال. قال ابن رشد: اختلف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون له الغلة ويجب به التوقيف على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه ولا تجب له غلة حتى يقضى له به وهو الآتي على قول مالك إن الغلة للذي هو بيده حتى يقضى به للطالب فعليه لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً يحال بينه وبينه ولا توقف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الربع الذي لا يحول ولا يزول لا يوقف مثل ما يحول ويزول وإنما يوقف وقفاً يمنع فيه من الأحداث ثم ذكر بقية الأقوال. قال ابن عرفة: وكلامه مقتضى نقله أنه على هذا القول لا يجب توقيف بمجرد شهادة شاهد عدل اه. ولا شك أن هذا القول هو الذي درج عليه خليل في قوله: والغلة له للقضاء اه. وقد احترز الناظم عن هذا كله بقوله: به صح العمل كما تقدم نعم

قوله: وباتفاق وقف ما يقاد، فيه نظر لما علمت من الخلاف المذكور (وحيثما يكون حال البينة) الشاهدة باستحقاق العقار (في حق من يحكم) وهو القاضي مجهولة الحال (غير بينة يوقف الفائد) وهو الخراج والغلة ظاهره أنه لا يترع الشيء من يده، وهو خلاف قول المتن كغيره وحيلت أمة مطلقاً كغيرها إن طلبت بعدل أو اثنين يزكيان إلا أن يجعل كلام الناظم هنا على الأصول بخصوصها بدليل قوله: (لا الأصول) فلا توقف يعني بالغلق والمنع من التصرف، وأما التفويت فيمنع منه كما في العدل الواحد (بقدر ما يستكمل التعديل) ويختلف ذلك باجتهاد من قرب محل البينة المطلوب تعديلها وبعده وخطر المتنازع فيه وحقارته ووقف الفائد في هذه غير منصوص، وكأنه أخذه من وقفه مع العدل إذ هو أضعف منها كما يؤخذ من مسألة قوله.

وكل شيء يسرع الفساد له

إذا وقف سواء كان مستحقاً أو فائد المستحق كلحم ورطب فاكهة كمشمش، وقد استحق بعدلين وبقي الإعذار أو بعدل أو بشاهدين احتيج لتزكيتهما (وقف) لمدة يسيرة لا يدخله الفساد فيها (لا لأن يرى قد دخله) أي لا يوقف لمدة

يرى أن يدخله الفساد فيها، ولو قال إن يدخله مكان قد دخله لكان أولى (والحكم) حيث كان التأخير إلى خوف الفساد (بيعه) أي ما يفسد (وتوقيف الثمن. إن حيف في التعديل من طول الزمن) ومفهوم في التعديل الإيقاف للإعذار والبيع وإيقاف الثمن في هذه أحرى، والإيقاف لإقامة ثان حيث لم يحلف، وقال: لا أحلف لأني أرجو شاهداً آخر فإن وجدته وإلاَّ حلفت فكذلك يباع ويوقف الثمن قاله عياض، وإن قال: لا أحلف البتة لم يبع ويخلى بينه وبين حائزه بعد يمينه (خ) وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده وهو نص ابن القاسم، وفرق عبد الحق بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك صار كأنه مكنه منه بخلاف ذي الشاهدين، وفرق المازري بأن الشاهدين أقوى لأن الواحد يعلم قطعاً أنه الآن غير مستحق وهما إذا عدلا إنما كشف عن وصف كانا عليه حال الشهادة.

ثم أشار الناظم إلى التوقيف بسبب اللطخ فقال: (والمدعي كالعبد) أي العبد أو نحوه من فرس أو ثوب أو حلي (والنشدان) بالكسر مصدر نشدت الناقة أنشدها نشداً ونشداناً أي طلبتها وأنشدتها إنشاداً إذا عرفتها يوضح الفرق بينهما قول الشاعر:

يصيخ للنبأة أسماعه

إصاخة الناشد للمنشد

ثبوته قام به برهان

أي حجة يعني أن من ادعى عبداً مثلاً وطلب إيقافه ليأتي ببينة تشهد به على عينه والحالة أنه أتى ببينة تشهد بالقطع أنه كان ينشد عبداً (أو) أتى ببينة تشهد ب(السماع أن عبده أبق) بفتح الموحدة وتكسر أجيب (إن طلب التوقيف فهو) أي التوقيف (مستحق) فيؤجل (الخمسة) من الأيام (أو فوقها يسيرا) كستة أو سبعة.q قال سحنون: يوقف الخمسة أيام إلى الجمعة (حيث ادعى بينة حضورا) ظاهره أنه قيد في المسألتين، وليس كذلك بل هو مسألة ثالثة فلو قال: أو ادعى بينة حضوراً. والمراد هنا ما هو أعم من البينة الشاهدة بالحق أو باللطخ. والمعنى أن المدعي إذا زعم أن له بينة حاضرة تشهد له بالحق أو بالنشدان، فإنه يجاب ويؤجل في هذه اليوم ونحوه، فإن لم تكن البينة حاضرة في هذه أو زادت غيبتها على الجمعة في الأولين حلف المطلوب أنه لا يعلم له فيها حقاً ولا وقفاً وإليه أشار بقوله: (وإن تكن بعيدة فالمدعى عليه ما القسم عنه ارتفعا) ويبقى الشيء بيده على حاله إلا أن يأتي القائم بحجة.

كذاك مع عدل

واحد (بنشدان شهد وبعد باقيهم) أي باقي الشاهدين به (يمينه ترد) أي يحلف المطلوب أيضاً ولا وقف لعدم ثبوت اللطخ، ففي ابن يونس قال ابن القاسم: فإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي بينة حاضرة على الحق أو سماعاً يثبت له دعواه، فإن القاضي يوقف له العبد ويؤجله حتى يأتي ببينة فيما قرب من يوم أو نحوه، فإن

جاء بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف المدعى عليه وسلمه إليه بغير كفيل. قال في المجموعة: ونفقة العبد في التوقيف على الذي يقضي له به، وظاهر النظم أنه إذا لم يكن لطخ ولا شاهد فلا إيقاف وصرح به (خ) فقال: وإن سأل ذو العدل أو بينة سمعت وإن لم تقطع وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بلد ليشهد على عينه أجيب لا إن انتفيا أي العدل والسماع وطلب إيقافه ليأتي ببينة، وإن بكيومين إلا أن يدعي بينة حاضرة أو سماعاً يثبت فيوقف ويوكل به في كيوم اه. وقيل: يجاب بمجرد الدعوى وبه العمل ذكره في العمليات ونقله في الشارح عن أبي الحسن.

فصل

في النوع الرابع من أنواع الشهادة شهادة (رابعة ما) أي هي الشهادة التي (تلزم اليمينا) فما موصولة و (لا) تلزم (الحق لكن) اليمين في النوع الثاني لازمة للطالب، وفي هذا (للمطالبينا) بفتح اللام اسم مفعول والجارة زائدة فإن فسرها تلزم بتوجب كانت بمعنى على نحو: **ويخرون للأذقان}** (الإسراء:109) أي عليها وهي (شهادة العدل) الواحد (أو) امرأتين (اثنتين في طلاق أو عتاق أو قذف يفي) أو نحوها مما لا يثبت إلا بعدلين وتوقف الزوجة فإن حلف الزوج لرد شهادة من ذكر برىء وإن نكل سجن، فإن طال دين والطول بالاجتهاد. وقيل: سنة وبه العمل كما قال: (وتوقف الزوجة ثم إن نكل. زوج فسجن ولعام العمل) وبه أخذ ابن القاسم وهو الذي رجع إليه مالك، وعن مالك إذا نكل طلقت مكانها. ابن يونس: إذا ادعت امرأة على زوجها طلاقاً لم يحلف الزوج إلا أن تقيم المرأة شاهداً أو امرأتين ممن تجوز شهادتهما في الحقوق فيحلف الزوج قال مالك: ويحال بينه وبينها حتى يحلف فإن نكل طلقت عليه مكانها. وروي عنه إن طال سجنه دين وترك والطول سنة، وبهذا أخذ ابن القاسم. وكذا القولان في العبد إذا نكل السيد هل يعتق عليه بنكوله ويسجن؟ قال اللخمي: ويختلف في القاذف إذا نكل هل يحد أو يسجن أبداً حتى يحلف أو سنة فاعتمد المصنف على ما رجع إليه مالك في الأولين، وعلى ما للخمي في مسألة القذف قاله الشارح. ثم إذا دين وأخرج بعد العام تركت له زوجته إلا أنها لا يجوز لها أن تتزين له ولا أن تمكنه من نفسها كما قال: (وقيل) أي ويقال: (للزوجة إذ يدين تمنع نفسها) منه (ولا تزين) إلا مكرهة ولتفتد منه محمد ولو بشعر رأسها. مالك: ولا يمين بمجرد دعوى المرأة أو العبد ولو جاز هذا للنساء والعبيد لم يشأ عبد إلا حلف سيده ولا امرأة إلا حلفت زوجها كل يوم اه. وأما النكاح فقيل كذلك وأنه يجب فيه اليمين مع الشاهد، وقيل لا، وعليه اقتصر (خ) فقال: وحلف بشاهد في طلاق وعتق لا نكاح وهو المشهور، ومثله الرجعة قال الرعيني: كل دعوى قام فيها شاهد واحد فلا بد فيها من يمين المدعي أو المدعى عليه إلا النكاح والرجعة نقله المكناسي في مجالسه.

فصل

في النوع الخامس شهادة (خامسة ليس عليها عمل) فلا توجب حقاً ولا يميناً (وهي الشهادة التي لا تقبل) لفقد شرط أو وجود مانع (ك)شهادة (شاهد الزور) لفقد العدالة (و) كشهادة (الابن للأب. وما جرى مجراهما مما أبى) أي منع فمن معنى الأولى شهادة العبد والفاسق والمغفل، ومن معنى الثانية شهادة العدو على عدوه، والجار لنفسه، والدافع عنها قال في المدونة: وترد شهادة النائح والنائحة، والمغني والمغنية وبسماع العود، وقال في المجموعة: ولو شهد أربعة على أبيهم بالزنا لم تقبل شهادتهم لتهمتهم على إرثه. وقال في الرسالة: وهو لفظ حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم: «ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولا جار لنفسه». وقال في المتيطية: وترد شهادة من يعمل بالربا أو يشرب الخمر أو يعصرها أو يبيعها أو يسمع القيان أو يلعب بالحمام اه. وإذا علمت إطلاق الشهادة على هذا القسم كما في كلام أهل المذهب، وأنها مردودة فجعل الناظم كالجزيري لها قسماً خامساً صحيح بين، وقول الشارح: ومن قلده ليس هذا القسم في الحقيقة قسماً منها، وإنما هو قسيم لها فيه نظر، لأنه إن عنى قسيماً لها باعتبار أنه لا يطلق عليه اسم الشهادة فقد علمت بطلانه، وإن عنى باعتبار أنه لا يفيد فهو عين ما قاله الناظم إذ جعله قسيماً للأقسام الأربعة المفيدة وقول (م): الصواب في التقسيم أن يقال الشهادة على قسمين ما يوجب أمر أو يدخل فيه الأقسام الأربعة وما لا يوجب شيئاً وهي هذه اه. فيه نظر إذ هو عين تقسيم الناظم لا فرق بينهما إلا أنه جعلها قسمين والأول ينحل لأربعة فعادت خمسة والله سبحانه أعلم وأحكم.

فصل في شهادة السماع

وترجع كما في المتيطي للشهادة التي توجب الحق مع اليمين. ابن عرفة: هي لقب لما يصرح فيه الشاهد باستناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج شهادة البت والنقل أي: لأن المنقول عنه في شهادة النقل معين قال ابن فرحون، عن ابن رشد: وشهادة السماع لها ثلاث مراتب. المرتبة الأولى: تفيد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر كالسماع بأن مكة موجودة، فهذه بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم. المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة وهي تفيد ظناً يقرب من القطع ويرتفع عن السماع مثل الشهادة بأن نافعاً مولى ابن عمر، وأن عبد الرحمن هو ابن القاسم، والهلال إذا رآه الجم الغفير من أهل البلد، واستفاضة العدالة أو الجرح فيستند لذلك، ولا يسأل عن عدالة المشهودين. المرتبة الثالثة: شهادة السماع وهي التي تكلم عليها الفقهاء وهي المرادة هنا والكلام عليها في صفتها وفي محالها وفي شروطها، فأما صفتها فقال ابن عرفة. الباجي: وشرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم وإلاَّ لم تصح قاله ابن حبيب عن الأخوين. وقاله محمد قالا: ولا يسموا من سمعوا منه فإن سموا خرجت من شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأصبغ، وفي اشتراط العدالة في المسموع ثالثها إلا في الرضاع اه. ويقول الناظم: وشرطها الخ. وأما

محالها وما تقبل فيه ففيه طرق. إحداها: لعبد الوهاب أنها مختصة بما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه كالموت والنسب والوقف قال: وفي قبولها في النكاح قولان، الثانية: لابن رشد أن فيها أربعة أقوال تصح في كل شيء ولا تصح في شيء. الثالث: تجوز في كل شيء إلا في أربعة أشياء النسب والقضاء والنكاح والموت إذ من شأنها أن تستفيض فيشهد فيها على القطع. الرابع: عكسه قال أبو محمد صالح: ويجمعها قولك: فلان بن فلان القاضي نكح فمات.

الطريقة الثالثة لابن شاس وابن الحاجب وغير واحد أنها تجوز في مسائل معدودة وقع النص عليها وإياها سلك الناظم فقال: (وأعملت شهادة السماع في الحمل) ومما ينبني عليه أن تصير الأمة أم ولد (والنكاح) يعني حيث تكون المرأة تحت حجابه وفي حوزه، وإلا لم ينتفع بها ولا يدخل بالمرأة بسببها إلا أن يكون سماعاً منتشراً مستفيضاً يفيد العلم، كما أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم وإلاَّ فلا. قاله في المجالس لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز، وإنما تنفع للحائز (والرضاع) فتنتشر الحرمة، وهذا قبل العقد وإلا لم يكن للمرأة أن تمنع نفسها بذلك لكونها في حوز الزوج وعصمته (والحيض) فيثبت البلوغ والخروج من العدة (والميراث) حيث شهدت بأنه وارثه لكونه مولاه أو ابن عمه فترجع للنسب أو الولاء (والميلاد) فتصير أم ولد وتخرج من العدة (وحال إسلام أو ارتداد) فتنبني عليهما أحكامهما ويرثه أولاده المسلمون دون الكفار أو بيت المال (والجرح) فترد شهادته (والتعديل) فتقبل (والولاء والرشد) فتمضي أفعاله (والتسفيه) فترد (والإيصاء) قال ابن غازي: هكذا وقع هذا اللفظ في كلام ابن العربي والقرافي والغرناطي غير مفسر، والظاهر أنهم قصدوا ما في الكافي من الإيصاء بالنظر، وأما الوصية بالمال فلم أر من صرح به، وقال المنجور: يفهم من كلام الزقاق أنه الوصية بالمال، (وفي تملك لملك) كائن (بيد) إنسان أي تملك المشهود له لأصل هو بيده لأن شهادة السماع إنما تنفع للحائز ثم (يقام) عليه (فيه بعد طول المدد) جمع مدة كالخمسين سنة على ما في المدونة، وقيل: خمسة عشر. وقال ابن رشد: العمل عندنا على قول ابن القاسم بعشرين سنة، فإذا أثبت القائم بعدها أن الملك له كفى صاحب اليد شهادة السماع، لكن بأنه اشتراها من أب القائم أو جده مثلاً فكان من حق الناظم أن يزيد بيتاً لتمام تصوير المسألة فيقول مثلاً:

تشهد بالشراء من نحو أب

لقائم إثبات ملكه اطلب

قال في المدونة: ومن أقامت بيده دار خمسين سنة أو ستين ثم قدم رجل كان غائباً فادعاها وثبت الأصل له وأقام بينة أنها لأبيه أو جده، وثبتت المواريث حتى صارت له فقال الذي بيده الدار: اشتريتها من قوم قد انقرضوا وانقرضت البينة وأتى ببينة يشهدون على السماع فالذي ينفعه من ذلك أن يشهد قوم أنهم سمعوا أن الذي في يده الدار أو واحد من آبائه ابتاعها من القائم أو من أحد آبائه، ثم قال: ولو شهدوا أنه ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمسين سنة لم ينفعه ذلك.

قال ابن ناجي: لا عمل على المفهومين لتعارضهما يعني مفهوم خمسين سنة ومفهوم خمس سنين، ثم نقل ما ذكرناه عن ابن رشد وغيره ولم يحرر في المسألة أيضاً في المختصر، إذ لم يذكر طول المدة وشرط التصرف وجعل مسألة المدونة مستثناة من موضوع المسألة ولا يصح شيء من ذلك والله أعلم.

و

أعملت أيضاً في (حبس من جاز من السنين عليه ما يناهز) أي يقارب (العشرين) سنة. وقيل: لا بد من الأربعين وبالأول العمل، والمراد الأحباس القديمة. قال في التوضيح: ولا بد في هذه من القطع بأن الشيء يحترم بحرمة الأحباس.

وعزل حاكم

فلا يمضي حكمه (وفي تقديمه) فيمضي (وضرر الزوجين) فيثبت لها الخيار في تطليق نفسها حال كونه (من تتميمه) أي متمماً لما تجوز فيه شهادة السماع فيما عند الناظم وحضره الآن، وجملة ما ذكره تسعة عشر وعدها ابن العربي إحدى وعشرين فقال:

أيا سائلي عما ينفذ حكمه

ويثبت سمعاً دون علم بأصله

ففي العزل والتجريح والكفر بعده

وفي سفه أو ضد ذلك كله

وفي البيع والأحباس والصدقات

والرضاع وخلع والنكاح وحله

وفي قسمة أو نسبة أو ولاية

وموت وحمل والمقر بأهله

وزاد ولده ستة فقال:

ومنها الهبات والوصية فاعلمن

وملك قديم قد يظن بمثله

ومنها ولادة ومنها حرابة

ومنها الإباق فليضم لشكله

فدونكها عشرين من بعد سبعة

تدل على حفظ الفقيه ونبله

أبي نظم العشرين من بعد واحد

فأتبعها ستاً تماماً لفعله

وزاد ابن عبد السلام خمسة ونظمها بعضهم فقال:

قد زيد فيها الفقر والأسر والملا

ولوث وعتق فاظفرن بنقله

فصارت لدي عد ثلاثين اتبعت
بشتين فاطلب نصها في محله
ونظمها أيضاً العبدوسي وذيله ابن غازي بما زاده عليه إلى أن قال في آخره:
ولولا التداخل ووهي الزائد
لبلغت خمسين دون واحد
وأما شروطها فذكرها المصنف بقوله:

وشرطها استفاضة

والمراد هنا ما فسره بقوله: (بحيث لا يحصر من عنه السماع نقلا) لا الاستفاضة بالمعنى السابق واحترز به مما إذا قالوا سمعنا من فلان فإنها تصير شهادة نقل وتعتبر حينئذ شروط النقل، فإن صحت وإلا ألغيت الشهادة، قال الباجي: شرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم وإلاَّ لم تصح (مع السلامة من ارتياب يقضي) أي يؤدي (إلى تغليط أو إكذاب) والغلط نوع من الكذب وهو ما كان لا عن عمد. قال في المجموعة: إذا شهد اثنان على السماع وفي القبيل مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهم إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما لانتفاء الريبة حينئذ.

ويكتفي فيها

أي في شهادة السماع حيث أجيزت (بعدلين على ما تابع الناس عليه العملا) وهو المشهور خلافاً لمن اشترط أربعة. وحاصل ما ذكره الناظم شرطان. وزاد الشارح ثالثاً وهو أن تكون فيما تقادم عهده وطال زمانه لأن قصر الزمان مظنة لوجود الشهادة بالقطع، إلا فيما لا يمكن كضرر الزوجين وقد ذكر المصنف هذا الشرط في الحبس. وعند ابن عرفة: أنه خاص بالأحباس والأشربة هكذا نسب له ابن عاشر وتبعه (م). وقد ذكر ابن عرفة عن مالك وغيره اشتراط الطول في غير الأحباس والأشربة ثم قال آخراً ما نصه، قال ابن الحاجب: تجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات في الملك والوقف والموت للضرورة بشرط طول الزمان وابتناء الريب، فحمله ابن عبد السلام على ظاهر إطلاقه. وقال ابن هارون: ليس هذا على إطلاقه إنما هو في الوقف والملك والصدقة والأشربة القديمة والنكاح والولاء والنسب والحيازة جميع ذلك يشترط فيه طول الزمان، وأما في الموت فيشترط فيه تنائي البلدان وتقادم الزمان اه. فحصر الشرط المذكور تبعاً لابن هارون في ثمانية أمور. وعلى ذلك عول ابن غازي في حاشيته والشيخ مصطفى في أجوبته.
والحاصل أنه لا يصح اشتراط الطول على الإطلاق وأما اشتراط كثرة الشهود فقول ابن الماجشون وهو خلاف المشهور والمعمول به الذي نص عليه الناظم، وأما العدالة فمشترطة في كل شاهد، وأما شرطه الاشتهار ففيه نظر. وكيف يصح في الحيض وتبعه على ذلك (م) وزاد شروطاً أخر وأنهاها إلى عشرة وذكرها نثراً ونظماً. وفي كلها نظر لأنها إما مستغنى

عنها كالعدالة وإلا يسموا المسموع منهم، وإما على خلاف المشهور إلا قوله: وتاسعاً وهو أن يحلف المشهود له. قال ابن محرز: لا يقضي لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه اه. وذلك لضعفها وأما قولهم لاحتمال أن يكون أصل السماع عن واحد فغير ظاهر وإن قاله غير واحد إذ لو روعي هذا لم يصح فيه تعديل ولا تجريح ولا غيرهما مما لا يثبت إلا بعدلين والله أعلم.

فصل في مسائل من الشهادة

كنقصانها والقيام بها بعد الإنكار وتعارضها. (ومن) شرطية أو موصولة (لطالب بحق) يتعلقان ب(شهدا و لم يحقق عند ذاك) أي عند أداء شهادته (العددا) الذي شهد به كقوله: نشهد أنه أسلفه دراهم ولا نعلم عددها.

فمالك عنه به

الباء ظرفية والضمير لمن وهو على حذف مضاف أي عن مالك في شهادته (قولان للحكم في ذاك) الذي شهد على الوجه المذكور (مبينان) صفة لقولان وللحكم متعلق به (إلغاؤها) بدل من قولان أي أحد القولين إلغاء تلك الشهادة حتى (كأنها لم تذكر) و لم تكن والحكم فيما إذا لم تكن أنه يحلف المطلوب لإنكاره (وترفع الدعوى يمين المنكر أو يلزم) بالنصب عطف على المصدر من قوله إلغاؤها أي والقول الثاني أن يلزم (المطلوب أن يقرا) به من قليل أو كثير ويجبر على الإقرار بالسجن حتى يقر (ثم يؤدي ما به أقرا بعد يمينه) أنه ليس في ذمته سواه حيث نازعه الطالب فيما بينه و لم يرضه وإلاَّ فلا يمين (وإن تجنبا) المطلوب (تعييناً) أي أباه (أو عين والحلف) بفتح فسكون مصدر حلف كضرب حلفاً وحلفاً ومحلوفاً بمعنى أقسم (أبى كلف من يطلبه) أي من يطلب المطلوب وهو المدعي (التعيينا) للقدر المشهور به فإن عينه وحلف أخذه، وهو قوله: (وهو له أن أعمل اليمينا) وأتى بما يشبه كما في المتيطي (وإن أبى) أن يحلف (أو قال لست أعرف) قدر حقي وضاعت كتب محاسبتي (بطل حقه) وهذا خلاف ما نقله ابن يونس عن ابن حبيب عن مالك؛ أنه إذا جحد المطلوب قيل للطالب: إن عرفته فاحلف عليه وخذه فإن قال: لا أعرفه وضاعت كتب محاسبتي أو أعرفه ولا أحلف فليسجن المطلوب حتى يقر بشيء ويحلف عليه، فإن أقرّ بشيء و لم يحلف أخذ منه وحبس حتى يحلف اه. فلم يبطل حق الطالب إذا قال: لا أحلف أو قال: لست أعرف. قال الشارح: ف الله أعلم بمستنده في ذلك مع أنه ظاهر فيما إذا عرف وأبى من اليمين.

وذاك

يعني القول الأول وهو إلغاء الشهادة وبطلانها هو القول (الأعرف) لاقتصار صاحب الاستغناء عليه، وعليه اقتصر ابن فرحون أيضاً فيما إذا شهدوا أن قبله حقاً لا يدرون كم هو اه. ناقلاً من الاستغناء، وفهم الشارح أن الإشارة بقوله: وذاك الأعرف إلى بطلان حق الطالب بما ذكر، واعترضه بقوله: الله أعلم بمستنده الخ. وهذا غير لازم ولو أراده الناظم لقال: وهذا لا وذاك.

والحاصل أن الشارح اعترض كلام أبيه من وجهين. حكاية القول ببطلان حق الطالب إذا قال: لست أعرف وكون هذا القول هو الأعرف وهذا الثاني غير متجه.

وما على المطلوب إجبار

بتعيين القدر يعني وسجنه على ذلك (إذا) أبى وقال الطالب: لست أعرف (ما شهدوا في أصل ملك هكذا) أي إذا كانت الشهادة بخط في أصل دون تعيين قدره. قال ابن يونس: عقب ما مر عنه ولو كان ذلك حقاً في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف ولا أحبسه لأن الحق شيء صعب اه. فالإجبار موجود لكن بغير سجن.

فرع: وإذا شهد الشهود بالنكاح ولا يعرفون مبلغ الصداق أو شهدوا في البيع ولا يعرفون مبلغ الثمن فقال أبو عمر أحمد بن عبد الملك: لا بد للزوج أن يسمي عدداً فإن أبى حلف الطالب إذا أتى بما يشبه ولزمه النكاح والبيع مثله، وأجاب ابن العطار بمثل ذلك، وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم التجيبي: الشهادة ساقطة ولست أقول بقول غيري، وذكر أنها رواية عن ابن القاسم اه. من التبصرة. ومثله في ابن سلمون والمعيار وزاد إثر قوله: ولا يعرفون أو نسوا ونسب الأول لفتوى ابن المكوي وابن العطار.

ومنكر للخصم ما ادعاه

عليه ذلك الخصم كعشرة مثلاً من بيع أو قرض فأنكر المطلوب أصل المعاملة، فلما قامت عليه البينة (أثبت بعد) أي بعد قيامها عليه أو بعد إقراره بها (أنه قضاه) إياها (ليس على شهوده من عمل) ولم ينتفع بشهادتهم (لكونه كذبهم في) القول (الأول) حيث أنكر ومن أنكر بينة فقد أسقطها ومن أوجب له سماعها بعد تكذيبه إياها فقد فتح باباً من الشغب والتعنيت وأعان عليه قاله ابن الهندي. وقال المتيطي: أما لو أنكر المعاملة فأثبتها الطالب فاستظهر المطلوب بالبراءة بدفعه لذلك، فإنه لا تقبل منه بينة بعد إنكاره، هذا هو المشهور والمعمول به، وقال الشارح: إن به القضاء، وروى حسين عن ابن نافع تنفعه البراءة ولا يضره إنكاره، وقيل: لا تنفعه إلا في الأصول والحدود، وقيل: إلا في الحدود (خ): وإن أنكر مطلوب المعاملة فالبينة ثم لا تقبل بينته بعده بالقضاء بخلاف لا حق لك علي يعني لأن هذا لم يكذب بينة قال الحطاب: وينبغي أن يقيد ذلك بما قال الرعيني وهو أن يكون المدعى عليه يعلم أن الإنكار يضره، فإن كان ممن يجهل ذلك ولا

يفرق بين الصيغتين فيعذر بالجهل إلا إذا حقق عليه، وقال له: أنت تنكر هذا أصلاً فإذا قامت عليك البينة فلا تسمع بينتك فإذا استمر على ذلك فحينئذ لا تسمع بينته، وينبغي أن يقيد بغير الحدود والأصول لأن هذا قول ابن القاسم وابن كنانة اه.1 والمسألة من باب الإقرار الحاصل بالتضمن لا بالتصريح وفي أعماله خلاف.

تنبيه: وإنكار الوديعة أو القراض ثم يثبت درهماً بعد قيام البينة عليه بالأصل كذلك. فرع: لو ماتت الزوجة فسئل الزوج ما أورد بيتها من الجهاز ليورث معه، فأنكر إيراد شيء فقامت البينة بإيراد أشياء لم يلزمه غير اليمين أنه ما غاب على شيء لأنه لو أقر لم يلزمه غير ذلك قاله ابن رشد.

وفي

شاهدين (ذوي عدل يعارضان) بشهادتهما شاهداً واحداً (مبرزاً أتى لهم قولان) يعني فيما إذا تعارضت شهادة عدلين مع شهادة عدل واحد مبرز (وبالشهيدين) أي بتقديمهما (مطرف قضى) على الشاهد ولو كان أعدل أهل زمانه، وقاله ابن الماجشون، ورواه أصبغ عن ابن القاسم، ابن رشد: وهو الأظهر إذ من أهل العلم من لا يرى الحكم بالشاهد مع اليمين (والحلف) بسكون اللام وهو مفعول مقدم (والأعدل أصبغ ارتضى) تقديمهما على الشاهدين. ابن رشد: هذا إغراق في القياس. (وقدم التاريخ ترجيح قبل) قال ابن عبد السلام: يعني أن البينتين إذا أُرختا وكان تاريخ إحداهما أقدم. رجح بذلك القدم لأن الملك ثبت للأقدم والإبقاء ما كان على ما كان وما أثبتته البينة الأخرى محتمل لمعارضة هذه البينة له فتساقطتا فيما تعارضتا فيه ويبقى استصحاب الحال لذات الأقدم خالياً عن المعارض اه. وظاهره تقديمها ولو كان الشيء بيد الآخر، وصرح به اللخمي ونصه: وإن أرختا قضى بالأقدم، وإن كانت الأخرى أعدل وسواء كانت تحت يد أحدهما أو أيديهما أو يد ثالث أو لا يد عليه اه. ونحوه لابن يونس فقول الناظم: (لا مع يد) أي مرجح بقدم التاريخ ما لم يكن الشيء بيد الآخر فيه نظر، ولا حجة له فيما نقله الشارح، ومن قلده من قول ابن يونس: لو شهدت بينة أن هذا يملك الأمة منذ عام، وأخرى لآخر أنه يملكها منذ عامين، فإني أقضي ببينة أبعد التاريخين إن عدلت، وإن كانت الأخرى أعدل ولا أبالي بيد من كانت الأمة إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر، فهذا يقطع دعواه اه. لأن هذا من باب الحيازة والوطء في الأمة لمن يدعي ملكها مع علم الآخر وسكوته قاطع لدعواه فيها، وإن لم تمض السنة وكلامنا في غير ذلك (والعكس) يعني تقديم ذات التاريخ الأحدث أو تقديمها ولو كان الشيء بيد الآخر (عن بعض نقل) وهذا نقل غريب لم يوقف عليه.

وإنما يكون ذاك

أي التعارض والمصير للترجيح بين البينتين (عندما لا يمكن الجمع) أي عند عدم إمكان الجمع (لنا بينهما) (خ): وإن أمكن جمع بين البينتين جمع والأرجح بسبب ملك كنسج ونتاج الخ. ابن عرفة: تقدر صور الجمع بمثل قولها من قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة. وقال الآخر: بل هذين الثوبين لثوبين سواء في مائة إردب وأقاما

جميعاً البينة لزمه أخذ الثلاثة الأثواب في مائتي إردب اه. (والشيء) أصلاً كان أو عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك (يدعيه شخصان) مثلاً (معا) أي يدعي كل واحد منهما جميعه لنفسه (ولا بد) لواحد منهما عليه بأن يكون بيد ثالث لا يدعيه أو عفواً من الأرض (ولا شهيد) لواحد (يدعى) فيه (يقسم) هو خبر عن قوله: والشيء ويدعيه صفة له. ومعاً حال ولا يد ولا شهيد حالان أيضاً (ما) زائدة (بينهما) متعلق بيقسم وكذا (بعد القسم) أي يقسم بينهما بعد أيمانهما، وهكذا إذا تعارضت البينات، و لم يكن مرجح فإنهما يسقطان ولا يبقى إلا الدعوى فيقسم بينهما بعد حلفهما ويقضي للحالف على الناكل في الوجهين وهو معنى قوله: (وذاك) أي قسمه بينهما بعد القسم (حكم في التساوي ملتزم) صفة لحكم، وفي التساوي متعلق به أي وذاك حكم ملتزم في التساوي (في بينات) بحيث لا يكون المرجح (أو) التساوي في (نكول) بأن ينكلا معاً (أو) في (يد) بأن يكون تحت أيديهما جميعاً فإن انفرد أحدهما بوضع اليد عليه كان له خاصة، وأشار بقوله: (والقول قول ذي يد منفرد) بها وليس للآخر بينة بالملك، وإلاَّ قدمت على الحوز كما قال: (وهو لمن أقام فيه البينة) فإن أقام صاحب اليد بينة أيضاً فإن كانت أعدل أو تساوت البينات قضى لصاحب اليد وإلا قضى للآخر كما أفهمه قوله: (وحالة الأعدل منها) أي من البينات (بينه) وكذا سائر المرجحات فلا مفهوم للأعدلية (خ): والأرجح بسبب ملك كنسج ونتاج إلا بملك من المقاسم أو تاريخ أو تقدمه وبمزيد عدالة لا عدد وبشاهدين على شاهد ويمين أو امرأتين وبيد إن لم ترجح بينة تقابله فيحلف، وبالملك على الحوز وينقل على مستصحبة.

تنبيه: لمفهوم قوله يدعيه الخ شيئان، أحدهما: أن يتفقا على أن لكل واحد منهما فيه حظاً لكنهما يجهلانه، والحكم أن الشيء يقسم بينهما نصفين كما هو الأصل في الشركة قاله ابن لب. الثاني: أن يدعيه أحدهما ويدعي الآخر نصفه، فإن لم يكن بيد واحد منهما قسم على الدعوى اتفاقاً وإن كان بيدهما معاً فقيل كذلك أي يقسم على الدعوى أيضاً وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين وحيث قيل يقسم على الدعوى فقيل كالعول أي فيضرب لمدعي الكل باثنين ومدعي النصف بواحد ويقسم على الثلث والثلثين وهو المشهور (خ): وقسم على الدعوى إن لم يكن بيد أحدهما كالعول، وقيل على الدعوى والتسليم، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع لأن النصف يسلمه له صاحبه والنصف الآخر هو محل النزاع فيقسم بينهما والله أعلم وأحكم.

باب اليمين

السابق ذكرها الواجب على المطلوب أو الطالب أو عليهما مع الشاهد أو الشاهدين أو دونهما، وهي بالله الذي لا إله إلا هو على ما يأتي في قوله: وبالله يكون الحلف (وما يتعلق بها) من مكانها وزمانها وبيان صفاتها وأقسامها و لم يرد اليمين التي تكفر كقول (خ): اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله أو صفته كبالله والعزيز وعظمته الخ. ولا ما هو أعم كقول ابن عرفة: اليمين قسم أو التزام مندوب غير مقصود به القربة، أو ما يجب بإنشاء لا يفتقر إلى قبول معلق بأمر مقصود عدمه اه. فالقسم كقولك: والله لا فعلت أو لأفعلن والتزام مندوب الخ. كقولك: علي صوم أو صدقة أو حج لا كلمت زيداً والتزام ما يجب الخ. كأن دخلت الدار فأنت طالق (في ربع دينار) أو ثلاثة دراهم أو ما يساوي أحدهما (فأعلى تقتضى في مسجد الجمع) أي الذي تقام فيه الجمعة (اليمين بالقضا) أي بالحكم فيجبر من توجهت عليه على ذلك؛ فإن أبى أن يحلف فيه عد ناكلاً فإن سأل المحلف غير الجامع من مسجد آخر يعظمونه لذلك كجامع الشوك عندنا. أجيب: قاله ابن ناجي لأن القصد من اليمين هو الإرهاب، وظاهره في أي موضع من الجامع حلف كفى، وفي المدونة:

يحلف في جامع بلده في أعظم مواضعه. قال الشارح: وأكثر موثقي الزمان يحلفون حيث تأتى لهم، ولا أعلم مستندهم والغالب على الظن أنه جهل منهم بالفقه اه. زاد في المدونة: ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر إلا منبر النبي صلى الله عليه وسلم في ربع دينار. قال أبو إبراهيم: فيه إشارة إلى أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب اه. وقال ابن عبد السلام: ظاهره أن الجامع كله سواء وهي رواية في المذهب إلا منبر مسجد المدينة ومنهم من تأوله اه. وفي المعونة: لا تجب اليمين عند مالك رحمه الله عند المنبر إلا في نصاب الزكاة عشرين مثقالاً أو قيمتها من الورق، وأبو حنيفة لا يوجبها على حال اه. من المفيد. لكن العمل على اقتضاء الأيمان بين المنبر والمحراب كما فهم الشارح

واقتضاه قولها في أعظم مواضعه، فإن لم يكن لهم جامع فقال أبو الحسن: يحلفون حيث هم وأفتى التازغدري يجلبون إلى الجامع على قدر مسافة الجمعة، ثم إن كان الحالف رجلاً فواضح، وإن كانت امرأة خرجت للجامع وحلفت فيه إلا التي لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً كما قال: (وما له بال) وفسره اللخمي هنا بالدينار فأكثر قال في التوضيح: وظاهر ابن الحاجب أنها تخرج في ربع دينار قال المازري: وهو المشهور، وقول مطرف وابن الماجشون اه. فيحمل الناظم عليه، ولو قال: وإن تكن أنثى (ففيه) أي في ربع دينار (تخرج إليه) أي إلى الجامع (ليلاً غير) بالرفع فاعل تخرج (من تبرج) بفتح التاء وشد الراء وأصله تتبرج فحذفت إحدى التاءين، وأصل التبرج إظهار الزينة، والمراد هنا من لا تخرج في حوائجها مشتهرة، قال في التهذيب: وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد فإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً وتحلف في اليسير ببيتها (خ): وخرجت المخدرة فيما ادعت أو ادعي عليها إلا التي لا تخرج نهاراً وإن مستولدة قليلاً وتحلف في أقل ببيتها الأجهوري، ويفهم من كلامه أن التي لا تخرج أصلاً تحلف ببيتها وجزم به الزرقاني أيضاً، وهو الراجح من قولين حكاهما عياض، وقيل: تخرج ليلاً ومحلهما فيما إذا كانت مطلوبة، وإلاَّ خرجت ليلاً. قال الأجهوري: والمراد بمن لا تخرج نهاراً من لا تخرج نهاراً مشتهرة فيمن تخرج به غير مشتهرة حكمها حكم من لا تخرج به كما يفيده قول أبي حفص العطار معنى قولهم: لا يخرجن أي لا يخرجن مشتهرات، وأما التي تخرج غير مشتهرة فحكمها حكم من لا تخرج البتة. نقله القلشاني في شرح ابن الحاجب عن شيخه الغبريني عنه اه. فتلخص من كلامه ثلاثة أقسام، ومثله لابن عمر في شرح الرسالة قال: المرأة التي تخرج في مصالحها نهاراً تخرج لليمين التي تغلظ نهاراً والتي لا تخرج إلا ليلاً تخرج لليمين ليلاً، والتي لا تخرج نهاراً ولا ليلاً يبعث إليها القاضي شاهدين

يشهدان على يمينها اه. وقول الأجهوري: حكمها حكم من لا تخرج به. صوابه: من لا تخرج أصلاً كما هو نص أبي حفص، وفي ابن عبد السلام ما نصه، قال القاضي عبد الوهاب: وإذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها صيانة لها ولا مقال للخصم في ذلك، لأن الذي أحلفها ليس له ابتذالها اه. وظاهر ابن فرحون في تبصرته عن ابن راشد، وعندي في إخراج المرأة إلى الجامع نهاراً كشف لها ولحالها وإن كانت تخرج بالنهار لأنها إذا خرجت للحلف علم أنها فلانة بخلاف ما إذا خرجت لغير ذلك، وقد أخبرني بعض الفقهاء أنها وقعت بتونس وأنه وجد فيها نصاً، والنص هو ما ذكر عن ابن العطار: (وقائماً مستقبلاً يكون من استحق عنده اليمين) أل للعهد، والمعنى أن من وجبت عليه اليمين في الجامع يحلفها قائماً مستقبلاً، ومثله في ابن الحاجب، أما القيام فيجب بلا نزاع وهو نص العتبية وغيرها، وأما الاستقبال ففي المدونة وليس عليه أن يستقبل به القبلة (خ) وبالقيام لا بالاستقبال، وروى الأخوان

مستقبلاً، واقتصر عليه الناظم لأنه المعمول به. قال في المفيد: ويحلف الحالف قائماً متوجه القبلة، وبه العمل على ما رواه مطرف وابن الماجشون. وفي رواية ابن القاسم: يحلف كيف ما تيسر عليه وليس به عمل اه. ونحوه لابن سلمون.

وهي

أي اليمين الواجبة بالشرع ويجري القضاء بها بين يدي الحكام (وإن تعددت) أي تنوعت إلى يمين تهمة ويمين قضاء وشاهد ومنكر (في) القول (الأعرف) وهو قول الأكثر فهي كلها (على وفاق نية المستحلف) أي الطالب للحلف وهو المحلوف له، فإذا أنكره في دين أو وديعة وحلف لا شيء عنده، ونوى حاضراً لم ينفعه ذلك، ولو طلب المدين التأخير بما عليه وحلف ليقضينه إلى أجل كذا، فهي على نية المحلف ومقابل الأعرف حكاه العلامة بهرام عن ابن القاسم، ومعناه والله أعلم في سقوط إثم الغموس وكفارة ما يكفر كنيته في المثال ليقضينه إلى أجل كذا إن تصدق به علي، أما إثم المطل والحجر فلا يسقط. قال الحطاب: وحكى صاحب المقدمات وابن زرقون الإجماع على أن النية لا تنفع إذا اقتطع باليمين حقاً لغيره للحديث الصحيح: «من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار» قالوا: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ قال: «وإن كان قضيباً من أراك» قالها ثلاثاً اه. فإن لم تكن اليمين في وثيقة حق فإن كانت بالله فعلى نية الحالف، وإن كانت بغيره كطلاق أو عتق فقيل: على نية الحالف، وقيل: على نية المحلف، وقيل: إن طاع بها فعلى نيته، وإن طلبت منه فعلى نية المستحلف قال في البيان: وعليه الأكثر ورجحه ابن ميسر. وقال: إنه الأجود، قال الحطاب: وظاهر (خ) أنها على نية الحالف مطلقاً ثم أشار لمفهوم قوله في ربع دينار فأعلى فقال: (وما يقل) عن ربع دينار (حيث كان) الحالف (يحلف فيه) قال ابن يونس: وإن لم يبلغ الحق ربع دينار حلفوا جلوساً إن أحبوا ويحلف الرجل في مكانه الذي قضى عليه فيه، والمرأة في بيتها ولا تخرج في ذلك اه. وأشار إلى صفة اليمين بقوله: (وبالله يكون الحلف) يعني أن اليمين حيثما وجبت وقضى بها في حق من الحقوق فهي بالله الذي لا إله إلا هو، قال في المقرب، قال سحنون: قلت لابن القاسم: كيف يستحلف المدعى عليه؟ قال: بالله الذي لا إله إلا هو لا يزيد
على هذا. وقال اللخمي: للأيمان صفة يحلف بها، ومواضع يحلف فيها، ووقت يختص ببعضها، فالأيمان في الأموال وما أشبهها بالله الذي لا إله إلا هو. واختلف فيما إذا قال: والله ولم يزد، أو قال والذي لا إله إلا هو. فالذي يقتضيه قول مالك، أنها يمين جازية ولا تعاد عليه اليمين في الوجهين، وقال أشهب: لا تجزيه اليمين في الوجهين جميعاً. قال المازري: والمعروف في المذهب المنصوص أنه لا يكفي بالله فقط ولا بالذي لا إله إلا هو حتى يجمع بينهما حكاه في التوضيح. قال اللخمي: وأرى أن تجزيه اليمين في الوجهين جميعاً لأنه لا خلاف فيها أنها يمين منعقدة تلزم فيها الكفارة متى حنث، فإذا كان كذلك أجزأته اليمين بذلك، قال الشارح: وما زلت أستشكله وأقصر عن البحث معه حتى وقفت على قول ابن عرفة عقبه ما نصه. قلت: لا يلزم من أنها يمين تكفر أن تجزىء في الحقوق لاختصاص يمين الخصومة بالتغليظ اه. وما قاله ابن عرفة واضح لا إشكال فيه اه. قال (م): واقتصار الناظم على اسم الجلالة كأنه على قول اللخمي به وتبع في هذا اليزناسي وفيه نظر، فإن كلام اللخمي فيما بعد الوقوع والنزول وكلامنا فيما يطلب من الحالف ابتداء، واللخمي مصرح بأنه لا بد من الجميع، وإنما الجواب ما أشرنا له من الاقتصار على صدر القول للشهرة كما في قرأت الحمد لله رب

العالمين، وأمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله. ومن كان آخر كلامه لا إله إلا الله أي بآخرها وهو محمد رسول الله كما قاله ابن حجر وغيره.

فرع: من اشترى شيئاً ووهبه فأنكر البائع البيع وقام به شاهد فاليمين معه على الموهوب لا على المشتري لأنه يقول: لا أحلف ليستحق غيري قاله أبو الحسن، ولابن الحاج في مسائله نزلت عند ابن حمدين رجل أقر في دين أنه لا حق له فيه مع فلان، وتوجهت يمين القضاء فأفتيت بأن يحلف المقر له لأنه صاحب الدين، وقال ابن حمدين وأصبغ بن محمد: يحلف المقر لا غير، وقال ابن رشد: إن كان وهب الدين فإنه يحلف الواهب وإن أقر أنه لفلان دونه و لم تكن هبة فإنه يحلف المقر والمقر له جميعاً صح من ابن سلمون.

وبعضهم

أي بعض أهل المذهب (يزيد لليهودي) في يمينه على بالله الذي لا إله إلا هو (منزل التوراة) على موسى (للتشديد كما يزيد) البعض (فيه للتثقيل على النصارى منزل الإنجيل) على عيسى. ورواه الواقدي عن مالك، والمشهور الأول وتؤولت المدونة على أن النصراني يقول بالله فقط لأنهم لا يوحدون بخلاف اليهود، وعلى أنهما معاً إنما يقولان بالله. قال في التوضيح: وهي تأويلات على قولها ولا يحلف اليهودي ولا النصراني في حق أو لعان أو غيره إلا بالله، ولا يزاد عليه الذي أنزل التوراة أو الإنجيل اه. فقيل: معناه يحلفان بالله كغيرهما، ولا يكلفان هذه الزيادة. وقيل: لا يزيدان على بالله أصلاً، وقيل لا يزيد النصراني. وقال محمد في مجوسية قالت: أقول والنار ولا أقول بالله. قال: لا تحلف إلا بالله.

وجملة الكفار

من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم (يحلفونا أيمانهم حيث يعظمونا) من الأمكنة من الكنيسة والبيعة وبيت النار تغليظاً عليهم فى استخراج الحق، وقد كان الأبدي يغلظ بالتوراة التي تسميها اليهود المجلجلة فينكلون عن اليمين بها بعد الإقدام على الحلف دونها فيستخرج الحق من الباطل. (وما) كان من الأيمان في الأمور العظام (كمثل الدم واللعان) والمال العظيم (فيه) خبر مقدم (تحري الوقت) مبتدأ والجملة خبر ما. ابن عرفة: وهل يغلظ بالزمان؟ روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون: يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقت يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين اه. و لم يذكر ابن حبيب إلا الدم واللعان دون المال العظيم، وهذا كله على جهة الاستحباب. (خ) في باب اللعان وندب أثر صلاة، وأما قوله: (والمكان) فالمراد به الجامع أو أعظم مواضعه وقد مر فهو مستغنى عنه (وهي) أي اليمين التي يقضي بها أربعة أقسام. (يمين تهمة) وهي اللازمة الغير المحققة استحساناً وفي توجهها خلاف يأتي (أو) يمين (القضا) وهي الواجبة في حق من ادعى على ميت أو غائب أو صغير استحسنها الفقهاء احتياطاً لحفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه لأنها لرد دعوى مقدرة أي دعوة الغريم البراءة من الحق ومثلها يمين الاستحقاق في غير العقار (أو) يمين (منكر) وهي في مقابلة دعوى محققة. وفي الحديث: «شاهداك أو يمينه». (أو) يمين (مع شاهد

رضا) قام للطالب في مال وشبهه لخبر: إن جبريل أمرني أن أقضي بالشاهد واليمين. وفائدة تعداد هذه الأيمان كما قال الشارح تمييز بعضها من بعض لما يلحقها من الأحكام مثل كونها تنقلب أولاً، ثم شرع في تفصيلها فقال: (وتهمة) لو أتى بالفاء لكان أنسب (إن قويت بها تجب يمين متهوم وليست تنقلب) يريد أن يمين التهمة تجب إذا قويت التهمة وتسقط إذا ضعفت، وهذا ثالث الأقوال فيها وهو المشهور المعمول به قاله العبدوسي،

وعليه فإن توجهت ونكل عنها المطلوب غرم بمجرد نكوله ولا تنقلب على الطالب. قال ابن رشد: أما يمين التهمة وهي الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداء واختلف إذا لحقت على القول به هل ترجع أم لا؟ والذي اختاره في هذا أن تلحق يمين التهمة إذا قويت وتسقط إذا ضعفت ولا ترجع إذا لحقت. قال الشارح: وإياه اعتمد الناظم رحم الله الجميع هذا وفي المعيار في نوازل الدعاوى والأيمان عن العبدوسي: أن المشهور والذي به العمل هو توجه يمين التهمة مطلقاً ولا يخرج عن ذلك إلا ما فيه معرة كدعوى الغصب والسرقة على صالح فإنها لا تتوجه، وبه اعترض شيخنا على الناظم قائلاً؛ إنه ذهب على خلاف المشهور والمعمول به قال: وهو لازم لشراح المتن أيضاً اه. والله أعلم.

ثم أشار إلى يمين القضاء ومحالها فقال: (وللتي بها القضا)ء أي وليمين القضاء (وجوب في حق من يعدم أو يغيب) أي تجب في حق الميت والغائب على المدعى عليهما، فيعدم بضم الياء وفتح الدال مبني للمجهول أي يموت، ومن دفع ديناً عن ميت دون يمين ضمن قاله ابن سهل. لا بكسرها مبنياً للفاعل، وإن كان المفلس يحلف أيضاً مع بينته لأنهم قالوا: هذه اليمين تجب لرد دعوى مقدرة. قال ابن رشد: وهذه اليمين لا نص في وجوبها لعدم الدعوى بما يوجبها إلا أن أهل العلم رأوها على سبيل الاستحسان احتياطاً للغائب وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه. قال ابن حارث: كل من قضى له على غائب أو ميت أو طفل يحلف أنه لم يقتض ولم يضع ولم يحل، وهذه اليمين تسمى يمين القضاء اه. وقال ابن عرفة: شرط الحكم بالدين على الغائب بقضاء دين عليه مع قيام البينة يمينه على بقاء الدين عليه إلى حين الحكم له بذلك اه.q وقال في الوثائق المجموعة: يحلف ما قبضت من فلان بن فلان الغائب شيئاً من الدين الذي ثبت لي عليه عند فلان بن فلان صاحب أحكام كذا وكذا ولا قبضت منه شيئاً ولا استحلت على أحد ولا أحلت به أحداً ولا وهبته له ولا شيئاً منه ولا قدمت أحداً يقبضه منه، وأنه لباق لي عليه إلى يميني هذه.

ولا تعاد هذه اليمين بعد

أي بعد أن حلفها (وإن مر عليها حين) يعني لو حلف الطالب هذه اليمين وتأخر اقتضاؤه مدة طويلة لجمع مال الغائب أو الميت مثلاً، ثم حضر المال فلا تعاد عليه اليمين. ابن رشد: وهو الصواب بخلاف لو ادعى عليه المدين الحاضر مرة أخرى أنه قضاه بعد اليمين فيحلف. قال ابن رشد: ولو تأخر القضاء بعد يمينه في مسألة الغائب إلى أن جاء فأقام معه مدة ثم غاب لوجب أن لا يقضي حقه حتى يحلف ثانية لأن الشك ههنا حاصل كما كان أول مرة اه. فلذلك قيل: كان من حق الناظم أن يزيد بيتاً فيقول:

إلا إذا ما حدث الشك الذي

أوجبها من أول فلتحتذي

ويشمل أيضاً ما ذكره ابن سلمون من قوله: وكذلك الدين المنجم لا يجب عليه أن يحلف عند كل نجم إلا أن يقدم في خلالها أو يبعد ما بين النجوم بحيث يمكن أن يكون اقتضى الثاني أو وكل، ثم أشار إلى يمين المنكر فقال: (ولليمين) خبر مقدم عن قوله أعمال (أيما أعمال فيما يكون من دعاوى المال) من دعوى تقتضي عمارة ذمة ك:لي عليك مائة وينكر المطلوب فيحلف أو إخلاءها كقوله: قضيتك فيحلف الطالب ثم استثنى من دعاوى المال دعوى هبة شيء أو التصدق به وما في معناه فقال: (إلا بما عد من التبرع) فلا يمين فيه على المنكر على المشهور، وفي الجلاب يحلف المدعى عليه الهبة، فإن نكل حلف المدعي وأخذها (ما لم يكن) الشيء المدعى فيه الهبة مثلاً (في الحال) أي في حال الدعوى (عند المدعي) وفي حوزه فحينئذ يحلف المطلوب: الباجي: إن كانت الهبة بيد غير الموهوب فلا يمين على الواهب، وإن كانت تحت يد الموهوب فعليه اليمين كانت معينة أو في الذمة ويصحح هذا أن من استحق عرضاً بيد رجل لم يحكم له حتى يحلف أنه ما باع ولا وهب اه. واختلف في دعوى الإقالة فلابن رشد: هي من دعوى المعروف، ولبعض الشيوخ فيها اليمين إن كان الشيء بيد المدعي أو كان له به تشبث، وقال ابن عتاب وصاحبه ابن القطان: لا يمين عليه في ذلك إلا بشبهة وعليه اقتصر الناظم فقال: (وفي الإقالة ابن عتاب يرى وجوبها بشبهة) بالباء متعلق بقوله: (معتبراً) اسم مفعول هو مفعول ثان لقوله: يرى ووجوبها مفعول أول وفي الإقالة متعلق به أو بيرى، وتقديرالبيت: وابن عتاب يرى وجوب اليمين في الإقالة معتبراً بشبهة وفي نسخة باللام بدل الباء فمعتبراً بكسرها حال، وفي ابن سلمون تجب اليمين أيضاً في الضمان إذا ادعى أنه كان في صلب العقد وإلاَّ فلا يمين.

وهذه اليمين

الواجبة على المنكر في الدعوى المالية (حيث تجب) عليه (يسوغ) له (قلبها) على المدعي فإن حلف استحق الشيء وإن نكل سقطت دعواه (وما أن تقلب) أي وليس له قلبها على المطلوب لأن الفرض أنه نكل وقلبها عليه، وإلاَّ لم تزل في قلب هذا معنى كلامه لا ما قيل إنه أراد وما أن تقلب إذا كانت الدعوى غير محققة لأن هذا تقدمت ولا دخل لها هنا فيكون تكراراً وتخليطاً، ثم أشار إلى أن اليمين تنقسم باعتبار كونها على البت أو العلم على أربعة أقسام. وذلك أن الحالف إما أن يثبت لنفسه حقاً أو ينفي عنها، أو يثبت لغيره أو ينفي عن ذلك الغير ففي الثلاث الأول يحلف على البت، وفي الأخير على نفي العلم وهو معنى قوله:

ومثبت لنفسه

كلي عليك ألف (ومن نفى عنها) كما لو قال له المطلوب قضيتك أو كانت دعواه على ميت أو غائب فوجبت يمين القضاء أنه ما قبض شيئاً (على البتات) متعلق بقوله: (يبدي) أي يظهر (الحلفا) في الوجهين جميعاً (ومثبت لغيره) كدعوى دين لأبيه وأقام شاهداً واحداً (ذاك اقتفى) فيحلف له على البت أن لأبيه قبل فلان كذا أو أنكر المطلوب وقلب عليه اليمين (وإن نفى) عن غيره كما لو وجبت يمين القضاء في دعوى الدين لأبيه (فالنفي للعلم كفى) أي فحلفه أنه لا

يعلم أباه قبض شيئاً من يكفي. قال ابن يونس، قال مالك: يحلف في دين لأبيه الميت على البت، ولو أقام شاهدين لحلف على علمه أنه ما علم أباه قبض ذلك الدين يعني ولا أمر بقبضه ولا أسقطه ولا سقط بوجه من الوجوه، وقوله: ولو أقام شاهدين الخ. يعني حيث تجب يمين القضاء ويحلفها مع حلفه مع الشاهد أيضاً حيث لم يكن له سواء فتجب حينئذ يمينان إحداهما بتاً والأخرى علماً على ما قررنا.

فرع: وإذا وجبت يمين وأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها أو العكس فتعجيلها واجب لمن طلبه منهما قاله ابن سلمون عن ابن الحاج: فلو قال المدعى عليه: اجمع مطالبك لأحلف يميناً واحدة كان له ذلك إلا في الميراث.

ثم أشار إلى القسم الرابع وهو اليمين مع الشاهد لكمال النصاب وفيه صور، لأن من قام له شاهد إما رشيد أو عبد أو سفيه أو صبي وسكت عن الأولين، وأشار للثالث وحكم الثاني حكمه فقال:

والبالغ السفيه بان

أي ظهر (حقه) بشهادة عدل (يحلف مع عدل ويستحقه) فإن في العتبية يحلف مع شاهده، وإن كان سفيهاً وليس هذا مثل الصبي ههنا، فإن أبى أن يحلف حلف الآخر وبرىء و لم يستأن به كما يستأني بالصغير قال: ولا يكون للسفيه إذا رشد أن يحلف كالكبير المالك لأمر نفسه اه. وقيل له ذلك نقله الحطاب، وذكر المحشي أن الثاني هو المعتمد لأن نكول السفيه كإقراره فلا يلزمه، وبه أفتى أبو الحسن. انظر الدر النثير والله أعلم.

وترجأ اليمين حقت للقضا لغير

أي تؤخر يمين القضاء إذا وجبت على غير (بالغ) لكون دينه على ميت أو غائب أو نحوهما (حقه اقتضى) ناجزاً ثم إذا بلغ وحلفها استمر الحكم وإن نكل ردّ ما أخذه قاله في الوثائق المجموعة. تتمة: فإن وجبت يمين القضاء على سفيه فهل يحلفها وهو الذي يؤخذ من النظم لمفهوم قوله: لغير بالغ، وكأنه هو المقصود أو ترجأ قولان. قال المتيطي: في المولى عليها تقوم بكالئها المشهور أنها هي التي تحلف، وأفتى ابن عتاب أنها ترجأ عليها اليمين حتى تخرج من الولاية، وتقدم أنه يحلف مع شاهده ولا يحلف يمين الإنكار ولا يمين التهمة لأنه لو أقر لم يلزمه ما أقر به، والقاعدة أن اليمين إنما تتوجه في الدعوى التي لو أقر المدعى عليه فيها انتفع المدعي وهو لا ينتفع هنا، فلا تجب يمين اه. وهذه القاعدة ذكرها المازري وهي خاصة بما يثبت بالشاهد واليمين لا دعوى طلاق أو عتق ومقيدة أيضاً بما إذا لم تهدم أصلاً من أصول الشريعة كدعوى المحكوم عليه على القاضي أنه حكم عليه بجور أو على الشاهد أنه شهد عليه بزور فلا يمين.

فرع: فإن وجبت يمين القضاء على مسجد أو غيره من الأحباس بحيث لا تمكن سقطت. ذكره في المعيار عن ابن لب، فلو شاء الناظم أن ينبه على ذلك لقال: فإن تعذرت بكل حال كالوقف أسقطها ولا تبال. وكان حق الناظم أن يذكر ما قاله عند الكلام على يمين القضاء لا أثناء الكلام على اليمين مع الشاهد.

وحيث عدل

واحد (للصغير) متعلق ب(شهدا بحقه وخصمه) وهو المشهود عليه (قد جحدا) الحق وأنكره فإنه (يحلف منكر وحق) قام به شاهد (وقفا) بعد أن يكتب القاضي بذلك قضيته ويشهد على ما ثبت عنده من شهادة الشاهد لينفذ من بعده إن مات الشاهد قاله ابن المواز ويوقف (إلى مصير خصمه) أي خصم المنكر وهو الصغير (مكلفا) فيحلف مع شاهده ويستحق، فإن نكل فلا شيء له ولا يحلف المطلوب ثانية، فإن كان نكل أولاً أخذه الصبي بنكوله مع الشاهد كما قال الناظم: (وحيث يبدي المنكر النكولا بلغ محجور به) أي بذلك النكول (المأمولا) أي الغرض الذي يؤمله من أخذه المطلوب. والحاصل أن الصبي إذا قام له شاهد لا يحلف معه ويؤمر المطلوب باليمين حيث أنكر، فإن نكل حكم للصبي عليه في الحال ولا يمين بعد وإن حلف وقف الشيء إلى بلوغه، فإن حلف استحق، وإن نكل أخذه المطلوب، ثم ظاهر المصنف وغيره أنه يؤخذ الدين أو غيره من المشهود عليه ويوقف على يد أمين، وهذا قول حكاه ابن رشد ثانياً وقال فيه: ومعنى ذلك عندي إذا لم يكن غنياً وخيف العدم وهو في القياس صحيح قال: وإذا وقف الدين أو العرض فضمانه من الصبي إن حلف ومن الغريم إن نكل و لم يحلف لأنه إنما وقف لمن يجب له منهما اه. والقول الآخر إن المشهود عليه يحلف ويترك بيده، ونقله ابن المواز وغيره وهو المشهور (خ): وحلف مطلوب ليترك بيده وسجل ليحلف إذا بلغ وحملوا عليه كلام الناظم.

فرع: مثل الصبي وكيل الغائب يقوم بشاهد فيحلف المطلوب ويترك لقدومه فإن نكل غرم و لم يحلف الغائب إذا حضر.

فرع: لو ثبت على ميت دين ووجد الوصي شاهداً بالبراءة منه حلف الطالب واقتضى، فإذا كبر الصغار حلفوا واسترجعوا المال قاله أشهب في العتبية.

والبكر

البالغ (مع شاهدها) إذا لم تجد سواه بحقها (تحلف) كما تقدم في السفيه البالغ (وفي ادعاء الوطء أيضاً) إذا خلا بها الزوج وأنكره وادعته هي (تحلف) لأن معها شاهداً عرفياً كما تقدم. ابن سهل عن ابن لبابة: العواتق الأبكار لا يمين على من لم تطلق منهن من الولاية إلا في شيء يكون لهن به شاهد واحد فإنهن يحلفن معه كما يحلف السفيه، وفي مثل ادعائهن على الأزواج الوطء اه. وما تقدم من أن الصبي لا يحلف مع شاهده هو المشهور، ولو كان له أب أو وصي (وفي سوى المشهور يحلف الأب عن ابنه) لأنه يمونه وينفق عليه قاله ابن كنانة إلا أن يلي الأب أو الوصي المعاملة فيحلفان. ووقع في كتاب جمعت فيه أقضية مالك والليث: أن الصغير يحلف مع شاهده كالسفيه. ابن رشد: وهو بعيد لرفع القلم عنه، فلا يتخرج من الحلف على باطل، وقد أشار له المصنف بقوله: (وحلف الابن مذهب) أي ضعيف لا تحتمله القواعد والله أعلم.

باب الرهن وما يتعلق به

من حوز وضمان واختلاف المتراهنين. الرهن لغة الحبس واللزوم **قال تعالى: كل نفس بما كسبت رهينة}** (المدثر:38) أي محبوسة، وشرعاً يطلق تارة بالمعنى المصدري وعليه قول (خ) بذل من له البيع ما يباع الخ. واسماً وعليه ابن عرفة إذ قال: الرهن مال قبض توثقاً به في دين فتخرج الوديعة والمصنوع بين صانعه وقبض المجني عليه عبداً جنى عليه وإن شاركه في الأحقية لجواز اشتراك المختلفات في أمر يخصها، وأشار بقوله في دين إلى أنه لا يكون الرهن في المعينات، وما في المدونة من أنه يصح في العارية معناه في قيمتها إذا هلكت ووجب ضمانها. وقال الوانوغي: الرهن عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثق في الحقوق. قال: ولا يخفى إشكال تعريف شيخنا لأنه لا يشمل إلا ما هو مقبوض ولا خفاء في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن اه. قلت: وحده أيضاً صادق بالضمان.

فائدة: قال في التوضيح: الراهن دافع الرهن، والمرتهن بكسر الهاء آخذه، ويقال للرهن مرتهن بفتح الهاء، وقد يطلق على آخذه لأنه وضع عنده، وعلى الراهن لأنه يسأله، ويقال رهنته الشيء وأرهنته والجمع رهان ورهون ورهن.

وقال الناظم (الرهن توثيق بحق المرتهن) فمشى على أنه مصدر كقول ابن الحاجب إعطاء امرىء وثيقة بحق، ثم أشار إلى حكمه في الضمان فقال:

وإن حوى

أي حاز المرتهن رهناً (قابل غيبة) أي مما يغاب عليه وهو ما عدا العقار والحيوان من الحلي والعروض وغيرهما وادعى أنه ضاع (ضمن) للتهمة (ما لم تقم له) أي للمرتهن (عليه) أي على هلاك الرهن (بيِّنه لما جرى في شأنه) اللام متعلقة بقوله: (معيِّنه) وهو صفة لبينة والكل تتميم مستغنى عنه، فإن قامت بينة على هلاكه من غير سببه فلا ضمان عليه قاله ابن القاسم. ورواه عن مالك قال المتيطي: وهو المشهور وبه العمل خلافاً لأشهب بناء على أنه ضمان تهمة أو إصالة فإن كان التلف بتعدي أجنبي فللراهن طلبه، ثم إن أتى برهن ثقة وإلا جعلت القيمة رهناً وطبع عليها ومفهوم قابل غيبة أن ما لا يغاب عليه يصدق فيه المرتهن ولا ضمان عليه فيما زعم هلاكه أو إباقه أو عيبه إلا أن يظهر كذبه أو يكون عطبه بسببه ومفهوم حوى أن ما ليس تحت يده لا ضمان عليه فيه، وقد صرح بهذا المفهوم في قوله: (وإن يكن) الرهن ولو مما يغاب عليه (عند أمين) متعلق بقوله: (وقفا فلا ضمان عليه مهما تلفا) والقول لمن دعا لوضعه عند أمين. فإن كان الراهن فلأنه يقول: لا آمنك عليه وإن كان المرتهن فلأنه يقول: لا أضمنه إن كان مما يغاب عليه ولا أتكلف حفظه إن كان حيواناً. قال الشارح: وعلى هذا إن كان الرهن أصلاً لا يضمن ولا يتكلف حفظه لزم المرتهن قبضه. اللخمي: ولا يلزمه قبض ما يغاب عليه إلا أن تكون العادة تسليمه للمرتهن يعني ودخلا على المساكنة و لم يبينا عند من يكون الرهن فيرجع حينئذ للعادة. (والحوز من تمامه) مبتدأ وخبر أي لا يتم الرهن

إلا بالحيازة. ابن حارث: اتفقوا على أنه لا يتم الرهن إلا بقبضه، فإن تراخ بقبضه إلى قيام الغرماء بطل ولو كان جاداً في طلبه اه. وأفهم قوله: من تمامه أنه قبل الحوز صحيح، وهو كذلك ما لم يطرأ مانع ويجبر الراهن على التحويز.

وإن حصل

الرهن (ولو معاراً عند راهن) أي فإن استقر الرهن عند الراهن ولو على وجه العارية من المرتهن (بطل) الرهن. قال ابن القاسم: ومن ارتهن رهناً فقبضه ثم أودعه عند الراهن أو أجره منه أو أعاره إياه أو رده إليه بأي وجه حتى يكون الراهن هو الحائز له، فقد خرج من الرهن، ثم إن قام برده فله ذلك ما لم يدخله فوت من تحبيس أو عتق أو بيع أو قام غرماؤه. (خ) وغصباً فله أخذه مطلقاً، وصح الحوز بتوكيل مكاتب الراهن في حوزه وكذا أخوه على الأصح لا محجوره ورقيقه اه أو صديقه الملاطف، وكذا لو أكرى المرتهن بعد حوزه الدار لواحد من هؤلاء فوقعت بيد الراهن بطل الحوز بخلاف ما لو أكراها لأجنبي إلا أن يعلم ويسكت إلى حصول المانع.

فرع

: لو وجد الرهن بيد المرتهن بعد موت راهنه وقال: حزته في حياته وصحته فهل ينفعه ذلك؟ قال ابن سلمون: وبه العمل أولاً وهو المعتمد (خ): والحوز بعد مانعه لا يفيد ولو شهد الأمين أي دعوى المرتهن ونحوه أنه حاز قبل حصول المانع لا تفيد فإن أقام بينة فهل يكتفي بشهادتها أن الشيء كان بيده قبل حصول المانع. قال ابن عتاب: وبه العمل ووجهه الباجي بأنه صار مقبوضاً أو لا بد أن تشهد بالتحويز وهو تسليم الراهن الرهن للمرتهن وإذنه له في حوزه. القلشاني: المشهور اشتراط التحويز في حيازة الرهن، ومعنى التحويز أن تكون الحيازة بإذن الراهن والشاذ عدم اشتراطه كالمشهور في الهبة والفرق بقاء ملك الراهن للرهن اه. ونحوه لابن عرفة والرصاع، ولذا قال (خ) في الهبة: وحيز وإن بلا إذن وقال في الرهن: وهل تكفي بينة على الحوز قبله، وبه عمل أو التحويز وفيها دليلهما، واعترض الشارح وابن غازي قوله وفيها دليلهما بأن ابن راشد إنما قال ذلك في المسألة الأولى، وهي ما إذا وجد الرهن بيد المرتهن بعد التفليس و لم يكن إلا مجرد قوله: ورد عليهما الحطاب بأن لفظ المدونة في عين المسألة قابل للقولين كما قاله (خ) رحمه الله.
تنبيه: افهم كلام القلشاني ومن معه أن الخلاف في التحويز في الرهن والهبة معاً فما يكتبه الموثقون فيهما من قولهم: وبسط يده على الحوز الخ. لا يكون جهلاً بل بناء على الاحتياط ومراعاة للخلاف.

والعقد فيه

أي في الرهن (لمساقاة وما أشبهها) كإجارة (حوز) هذا إن تأخرت المساقاة وشبهها عن الرهن بل (وإن تقدما) كأن يكون الحائط بيده مساقاً أو الدار مستأجرة ثم يرهنها وهذه هي المنصوصة (خ): والمستأجر والمساقي وحوزهما الأول كاف، ونقلها ابن يونس عن ابن القاسم، وأما الأولى فلم أقف فيها على نص ويظهر من كلام الشارح أنها أحرى لأنه إذا كان عقد المساقاة المتقدم على الرهن حوزاً للراهن فأحرى عقد المساقاة المتأخر عن الرهن أن يكون حوزاً للمرتهن،

ولذلك غيا الناظم بتقدم المساقاة ونحوها على الرهن لأنه محل الخلاف قاله (م).

قلت: في ابن سلمون ما نصه: وإن كتب الراهن للمرتهن في الكرم والجنان مساقاة وفي الأرض والدار كراء بعد عقد الرهن كان ذلك أتم للراهن وأصح في حيازته، فإن اكتراه أو ساقاه فيه قبل الرهن ثم ارتهنه بعد ذلك جاز أيضاً، وكانت حيازة للرهن. وقال ابن المواز عن مالك: لا يكون رهناً لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، وبالأول قال ابن القاسم اه. قلت: وظاهر كلامه وكلام الناظم أن مجرد العقد للمساقاة ونحوها المتأخر عن الرهن كاف في حوز الرهن، وإن لم يحز بالفعل ولا قبض حتى طرأ المانع وهو غير ظاهر، بل لا بد من الحوز بعد العقد على ما يفهم من قولهم. وحوزهما الأول كاف.

والشرط

في الاستبداد بالرهن (أن يكون ما يرتهن) أي الشيء المرهون (مما به استيفاء حق يمكن) أي شرط الرهن أن يكون مما يمكن استيفاء الحق من عينه كالدراهم والدنانير المطبوع عليها أو من ثمنه إذا بيع كالعروض وغيرها (فخارج) عن الجواز ما لم يمكن الاستيفاء منه شرعاً (كالخمر) والختزير (باتفاق) قال في المدونة: لا يجوز لمسلم أن يرتهن من ذمي خمراً أو ختزيراً. قال أشهب: فإن قبضه ثم فلس الذمي فهو فيه إسوة الغرماء لأنه لم يجز في الأصل.

وداخل

فيما يجوز رهنه (كالعبد ذي الآباق) لأنه يمكن الاستيفاء منه إذا قبض فيباع، وكذا البعير الشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها (خ): الرهن بذل من له البيع ما يباع أو غرراً، ولو اشترط في العقد، وقيل لا يجوز رهن ما فيه غرر في صلب العقد بناء على أن للرهن حصة من الثمن، وإنما يختص بالآبق ونحوه إذا قبض قبل موت صاحبه أو فلسه (وجاز في الرهن اشتراط المنفعه) أي يجوز للمرتهن أن يشترط الانتفاع بالرهن لنفسه دون شيء يلزمه فيه كأن يبيعه سلعة بمائة إلى سنتين، ويرتهن منه داره أو حانوته ويشترط عليه سكناها في جميع المدة مثلاً (خ): وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض وهو من باب الإجارة مع البيع، فلا بد من اعتبار شروطها ولذلك قال: (إلا في الأشجار) أي إلا أن تكون المنفعة المشترطة ثمر الأشجار (فكل منعه) لما فيه من بيع الثمرة قبل وجودها أو قبل طيبها أو هما، ولذا إذا كانت موجودة بدا صلاحها وشرط تلك الموجودة بخصوصها جاز كما قال:

إلا إذا النفع لعام عيناوالبدو للصلاح قد تبينا

أي ظهر فهو مستثنى من الممنوع ثم عطف على الممنوع وهو المستثنى الأول (و)

إلا (في) الرهن (الذي الدين به) أي معه (من سلف) يعني أنه يجوز اشتراط منفعة الرهن إلا في الأشجار، وإلا في الرهن الذي يكون في دين من سلف لما فيه من سلف جر نفعاً (و) إلا (في) المنفعة (التي وقت اقتضائها) أي استيفائها (خفي) كلبس الثياب فلا يجوز اشتراطه لاختلاف الناس فيه اختلافاً متبايناً فرب رجل يلبس الثوب سنة وآخر يمزقه في شهر أو شهرين قال في المقرب، قلت: فهل يجوز للمرتهن أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ قال: إن كان من بيع فإن ذلك جائز وإن كان من قرض فإن ذلك لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً لا أن مالكاً قال لي إذا باعه بيعاً وارتهن رهناً واشترط منفعة الرهن إلى أجل فلا أرى به بأساً في الدور والأرضين وأكره ذلك في الثياب والحيوان اه. وفي المدونة: لا بأس به في الدور والأرضين، وكرهه مالك في الثياب والحيوان إذ لا يدري كيف يرجع إليه. وقال ابن القاسم: لا بأس به في الحيوان والثياب وغيرهما، ولمالك كقول ابن القاسم، وبه قال أصبغ وأشهب قاله في التوضيح، فيظهر أنه الراجح وهو الذي عول عليه في المختصر إذ قال: وجاز شرط منفعته إن عينت ببيع لا قرض، وفي ضمانه إذا تلف تردد ومثله في المتيطي، وكان الناظم تبع ابن سلمون التابع للخمي في حمله الكراهة في قول مالك على المنع، والحاصل أن المذهب جواز ذلك في الحيوان والثياب للمدة التي يجوز كراؤها لها والله أعلم. وإذا حل أجل الدين فإن قضى فواضح وإلاَّ أمر الحاكم ببيع الرهن فيباع بعد النداء والإشارة إن لم يطع الراهن ببيعه جبراً عليه، فإن أذن الراهن للمرتهن في بيعه دون مشورته ولا مراجعة الحاكم فهل له ذلك ويستقل به أو لا بد من المشورة ومراجعة الحاكم فيه تفصيل وخلاف، والذي جرى به العمل على ما قاله الناظم هو أن الإذن إن كان قبل حلول الدين وبعد زمن عقدة البيع أو القرض استقل المرتهن بالبيع و لم يحتج لإذن

ثان، وإن كان عند عقدة البيع أو وقت حلول الدين لم يستقل لأنها وكالة اضطرار وهذا معنى قوله:

وبجواز بيع

الرهن (محدود الأجل) أي الذي لدينه أجل محدود (من غير إذن راهن) حال البيع زائد على الإذن الأول (جرى العمل مع جعله ذاك له و)الحال أنه (لم يحن دين) أي لم يأت حينه و لم يحل (ولا) كان ذلك الإذن (بعقدة الأصل قرن) هو أي الإذن بل كان الإذن فيما بينهما قال ابن سلمون. قال بعضهم: وإنما لا يغني التقديم في البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته ولا سلطان إذا كان التقديم في عقد البيع أو عند حلول الدين لأنها وكالة اضطرار. وقال إسماعيل القاضي وغيره: ذاك جائز نافذ ولو كان ذلك بعد عقد البيع وقبل حلول أجل الدين لجاز الشرط وعملت الوكالة باتفاق لأنها طواعية. وقال محمد بن عمر: إذا كان هذا التقديم والرهن في قرض لم يجز لأنه سلف جر نفعاً لرفع المشورة عن نفسه، وقال محمد بن أحمد: ذلك جائز اه. وقيل بالمنع أيضاً في دين البيع لأنه هدية مديان حكاه في التوضيح، والصواب الجواز فيهما ولا نفع ولا هدية لأن أداء الدين واجب، ويحتمل أن يكون الضمير في قرن للرهن، والمعنى حينئذ إنما يجوز للمرتهن بيع الرهن بغير إذن الراهن إذا لم يكن الرهن مقروناً بعقدة البيع أو القرض، بل كان متطوعاً به بعد ونحوه لابن رشد حاكياً عليه أيضاً الاتفاق، والخلاف فيما إذا صاحب الرهن العقد وظاهر المصنف الجواز في منطوقه أطلق الراهن للمرتهن أو قيد بقوله: إن لم آت فبعه وفرق. (خ) بينها. والحاصل أن الإذن إما للمرتهن أو للأمين وكل إما في العقد أو بعده أو

عند حلول الدين، وفي كل إما أن يقول إن لم آت أم لا، فالصور اثنتا عشرة. أفاد الناظم الجواز في أربع، وخليل الجواز في ثلاث، وأن غير الجائز يمضي بعد الوقوع ونصه، وللأمين بيعه بإذن في عقده إن لم يقل إن لم آت كالمرتهن بعده وإلا مضى فيهما وللجنان والقلشاني أن العمل

بالجواز في الجميع.

تنبيه: إذن الراهن في البيع توكيله عليه، والقاعدة أن للموكل عزل الوكيل إلا إذا تعلق له بالوكالة حق ومنه ما هنا.

وجاز رهن العين

ذهب أو فضة وكذا غيرها من المثليات (حيث يطبع عليه أو عند أمين يوضع) لأنه إذا لم يطبع عليه ولا جعل عند أمين يتهم المرتهن على تسلفه ورد مثله، وقد قارن ذلك عقد المعاملة من بيع أو سلف وهو مفسد لهما، وظاهر المصنف أن الطبع إنما يشترط في رهن العين دون غيرها من المثليات وهو قول أشهب والمذهب قول ابن القاسم: أنه لا بد من ذلك فيها أيضاً فهما متفقان على وجوب الطبع، والوضع في العين مختلفان في غيرها هذه طريقة ابن الحاجب والمازري. وقول (خ) والمثلى ولو عيناً إن طبع عليه يوهم أن الخلاف في العين لا في غيرها، وقد اعترضه الحطاب بذلك قائلاً: صوابه والمثلى إن طبع عليه ولو غير عين (والرهن لل)جزء ال(مشاع مع من رهنا) كدار يملكها شخص فرهن نصفها مثلاً شائعاً لم يتم حوز الرهن إلا بحوز جميعها لئلا تحول يد الراهن فيه لكونه غير معين، فيقضي له بحوزها كلها كما قال: (قبض جميعه له تعينا و) رهن الجزء المشاع (مع غير راهن) كأن يكون الراهن للنصف لا يملك غيره أو يرهن مالك النصف الشائع ربعاً فقط (يكفيه) أي المرتهن في الصورتين (أن يحل فيه) أي في المشاع فيه (كحلول من رهن) بأن يحوز النصف في الصورتين فكلام الناظم شامل لهما، والثالثة في البيت قبله (خ): وصح مشاع وحيز بجميعه إن بقي فيه للراهن ولا يستأذن شريكه. ابن عرفة: إن كان ربعاً أو منقسماً لا يفتقر لإذن شريكه وإن كان غيره أي كفرس واحد مثلاً ففي كونه كذلك ووقفه عليه قولاً. ابن القاسم وأشهب قائلاً لأن رهنه يمنعه من بيعه ناجزاً اه وهو مبني على قوله: إن المرتهن في هذا النوع لا بد من حوز جميعه ولا يكفيه حلوله مع المرتهن فيه، ومشى الناظم على قول ابن القاسم في ذلك.

والرهن

لشخص واحد في مائة مثلاً إذا قضى بعضها أو أكثرها (محبوس بباقي ما وقع فيه) الرهن (ولا يرد) منه إذا كان مشدداً كثياب مثلاً (قدر ما اندفع) وكذا لو سقط بعضه قال في المدونة: ومن رهن امرأته رهناً بكل المهر قبل البناء ثم طلقها قبل البناء لم يكن له أخذ الرهن والرهن أجمع رهن بنصف المهر كمن قضى بعض الدين أو وهب له فكل الرهن رهن لما بقي اه. فلو كان الرهن لاثنين لا شركة بينهما وقضى أحدهما نصيبه ردت إليه حصته وعكس المصنف: استحق بعض الرهن فالباقي رهن في الجميع.

وشرط ملك الرهن

مبتدأ (حيث) متعلق بملك (لا يقع إنصافه) أي إنصاف المرتهن (من حقه النهي وقع) عنه مبتدأ وخبر والجملة خبر المبتدأ الأول، والمعنى أن شرط المرتهن على الراهن أنه إن لم ينصفه من حقه و لم يأته بدينه لأجل كذا، فالرهن ملك للمرتهن وقع النهي عنه ففي الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يغلق الرهن». قال مالك: تفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن وفيه فضل عما رهن فيه ويقول: إن جئتك بحقك لكذا وإلا فالرهن لك بما فيه، فهذا لا يصح ولا يحل وإن جاء صاحبه بالدين بعد الأجل فهو له. قال ابن يونس: وينتقض هذا الرهن ولا ينتظر به الأجل. قال أبو محمد: ويصير السلف حالاً ولك أن تحبس الرهن حتى تأخذ حقك وأنت أحق به من الغرماء اه. قال ابن يونس: ومحل نقض السلف أو البيع مع الرهن إذا كان في صلب العقد، فإن كان الرهن والشرط بعده فسخ الرهن خاصة وبقي الدين بلا رهن.

فصل في اختلاف المتراهنين

في عين الرهن أو في صفته أو في حلول الأجل (وفي اختلاف راهن ومرتهن في عين رهن كان في حق) أي دين (رهن) فإن قال الراهن: ليس هذا رهني ورهني أفضل منه، وقال المرتهن: بل هو رهنك (القول قول راهن إن صدقا مقاله شاهد حال مطلقا) أي منهما كان الراهن أولاً وليس هذا الإطلاق في النقل، فالصواب إسقاطه مثال شهادة الحال للراهن وتصديقها. (كأن يكون الحق) أي الدين (قدره مائة وقيمة الرهن لعشر مبدئة) مثلاً قال في العتبية: قال أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار فقال الراهن: ليس هو رهني وقيمة رهني ألف دينار، وذكر صفة تساوي ذلك، فالراهن مصدق مع يمينه لأنه ادعى ما يشبه وادعى المرتهن ما لا يشبه. وقال أشهب: القول قول المرتهن، وإن لم يساوما أخرجه إلا درهماً واحداً وقاله عيسى عن ابن القاسم وابن عبد الحكم. ابن حبيب: وبه أقول. ابن يونس: كما لو قال لم ترهني شيئاً، وهذا هو المعتمد الذي تجب به الفتوى. (خ) وهو كالشاهد في قدر الدين لا العكس أي لا يكون الدين شاهد لقدر الرهن كما يشهد الرهن لقدر الدين حيث اختلفا فيه.

والقول حيث يدعي من ارتهن حلول وقت الرهن

ويدعي الراهن عدم حلوله (قول من رهن) يعني أنه إذا اختلف المتراهنان في حلول الدين وعدم حلوله فالقول للراهن في عدم الحلول (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، وقال في المقرب: لأن المرتهن قد أقر أن الحق إلى أجل وادعى انقضاءه والأصل الاستصحاب إلا أن يدعي الراهن من الأجل ما لا يشبه فلا يصدق وإن اتفقا على ذات الرهن (و) اختلفا (في) صفته (كثوب خلق) بفتح اللام مصدر يوصف به المفرد وغيره أو بكسرها صفة (ويدعي جدته

الراهن) وأن المرتهن استعمله حتى أبلاه وادعى المرتهن أنه كذلك رهنه (عكس ذا وعي) أي فالقول للمرتهن إذا أشبه أيضاً كما قال: (إلا إذا خرج عما يشبه في ذا وذا) أي في الاختلاف في الحلول والاختلاف في الصفة (فالعكس) وهو أن يكون القول للمرتهن في الأولى كما مرّ وللراهن في الثانية (لا يشتبه) أي لا يلتبس ابن عتاب وكذا إن أتى بثوب خلق، وقال الراهن: كان جديداً فالقول قول المرتهن بيمينه إن أتى بما يشبه اه.

تتمة: فإن اختلفا في الرهنية كأن يقول أحدهما رهن، والآخر وديعة فالقول لمدعي نفي الرهنية ابن عرفة عن اللخمي: إلا أن يشهد العرف بضده كخاتم عند بقال أو خباز فإن اختلفا في مقبوض فقال الراهن عن دين الرهن وقال المرتهن: عن دين لا رهن فيه وزع المقبوض على الدينين بعد حلفهما كالحمالة. ولما كان الضمان كالرهن في التوثق عقبه به فقال.

باب الضمان وما يتعلق به

ويقال أيضاً الحمالة وبه ترجم في المدونة و لم يعرفه الناظم. وقال ابن عرفة: الحمالة التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له. قوله: لا يسقطه هو في محل رفع صفة لالتزام لا في محل خفض صفة لدين أي التزام لا يسقط الدين عمن هو عليه لبقائه في ذمة المضمون واحترز به عمن التزم أداء دين عن آخر على أن يبرئه الطالب ولا يرجع هو عليه ورضي بذلك، وأما رضا المحال بالحوالة فخارج بقوله التزام دين لأنه يلتزم ديناً، وإنما التزم دينه من المحال عليه، وأما رضا المحال عليه فلا يشترط على المشهور وعلى اشتراطه فهو التزام أداء دين يسقط عن المحيل وقوله أو طلب هو بالجر عطف على دين أي التزام دين أو التزام طلب من هو عليه ويدخل فيه ضمان الوجه وضمان الطلب.

وسمى الضامن بالحميل كذاك

يسمى (بالزعيم والكفيل) ومراده بيان صيغ الضمان. ابن عرفة: الصيغة ما دل على الحقيقة عرفاً فيها من قال: أنا حميل بفلان أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل أو هو لك عندي أو إلي أو قبلي فهي حمالة لازمة إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد المال لزمه. عياض: ومثلها أذين أو غرير وصبير وكوير اه. فإن لم يزد وجهاً ولا مالاً حمل على المال كما يأتي (وهو) أي الضمان (من المعروف) والبر (فالمنع اقتضى من أخذه أجراً به) أي لأجل كون الضمان من المعروف امتنع أن يؤخذ عليه جعل ابن يونس، قال مالك في كتاب محمد: لا خير في الحمالة بجعل ابن القاسم: فإن نزل وكان يعلم صاحب الحق سقطت الحمالة ورد الجعل، وإن لم يكن بعلمه فالحمالة لازمة للحميل ويرد الجعل على كل حال وقاله أصبغ، وسواء في المنع كان الجعل من المدين أو من رب الدين أو غيرهما للغرر لأنه إذا تحمل بمائة على أن يعطيه عشرة قد يعدم المدين فيخسر الضامن تسعين وقد يؤدى فيربح العشرة وإن أدى الضامن ثم رجع عليه كان سلفاً جر نفعاً قاله المازري. (أو عوضاً) كضمان مضمونه كأن يقول: إضمني لفلان وأنا أضمنك لفلان، أو متى احتجت إلا مسألة واحدة تستثنى من ذلك، وستأتي في قوله: وباشتراك الخ. هذا كله إذا كان الجعل يصل للحميل فإن كان يصل للمدين هو ما أشار له بقوله:

والحكم ذا

أي المنع (حيث اشتراط من) أي الذي (ضمن) أي شرط الضمان على رب الدين (حطاً من) المال (المضمون عمن قد ضمن) وهو المدين يعني إذا قال رجل لرب الدين حط عن غريمك عشرة من المائة وأنا حميل لك بالباقي إلى أجل فإن كانت المائة حالة فقال مالك في العتبية: لا يصلح ذلك وكأنه قال له اعطني عشرة وأنا أتحمل لك. وقال في الموازية: لا بأس به لأنه كان له أن يأخذه بحقه حالاً فتأخيره إياه كابتداء سلف بجميل، وبه قال ابن القاسم وأشهب وغيرهما وإن كانت المائة مؤجلة فقال أشهب: لا بأس به، وقال ابن القاسم: لا يجوز لأن أخذه الكفيل في حكم تعجيل الحق فأشبه ضع وتعجل وهو ممنوع، وكلام الناظم شامل للصورتين وهو خلاف المعتمد في الأولى فيقيد كلامه بما إذا كان الدين غير حال ليجري على الراجح. الزرقاني: وفقه المسألة أن الجعل للضامن ممتنع سواء كان من عند رب الدين أو من عند المدين أو من عند أجنبي، وإن الجعل من رب الدين للمدين ليأتي له بضامن ممتنع إن لم يحل الأجل وإلا جاز وملاطف كل كهو.

باشتراك

في بيع أو قرض (واستواء في العدد) المضمون وإن لم يتساويا في القدر المشترى (تضامن خفف فيه) يعني أن ضمان شخص على أن يضمنه الآخر هو من باب الضمان بجعل كما مرّ ولكن خفف فيه وأجيز فيما إذا اشترى اثنان مثلاً سلعة مشتركة بينهما وتساويا فيها فلا بأس أن يضمن كل واحد منهما صاحبه للعمل فقوله: (إن ورد) هو بفتح الهمزة ليس إلا أي إلا البرودة عن السلف فلو اشترى كل وحده واشتركا على التفاوت كالثلث والثلثين لم يجز إلا أن يضمن صاحب الثلث لصاحبه الثلث فقط (خ): أو فسدت بكجعل وإن من عند ربه كمدينه وإن بضمان مضمونه إلا في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كقرضهما على الأصح (وصح) الضمان (من أهل التبرعات) المطلقة وهو المكلف الرشيد الذي لا حجر عليه بحال، فأما المريض والزوجة فمحجر عليهما في زائد الثلث فيتوقف ضمانهما فيه على رضا الزوج والوارث، ويمضي في الثلث أحبا أم لا. كما قال: (وثلث) هو بالجر عطف على محذوف أي: وصح الضمان ويكون في مال الضامن كله إذا كان ممن لا يمنع من التبرع به وفي ثلث (من يمنع) من التبرع به كله (كالزوجات) والمرضى ثم المراد بالصحة هنا اللزوم فإنه الذي يختص بالثلث، وأما الصحة المتوقفة على الإجازة من الزوج أو الوارث فموجودة في الباقي أيضاً ففي المدونة قال ابن القاسم: وأما إذا أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز تكفلت عنه أو عن غيره، وإن تكفلت عنه بما يفترق جميع مالها فلم يرض الزوج لم يجز من ذلك ثلث ولا غيره، وإن تكفلت لزوجها ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلاَّ ببيِّنة صح من التهذيب.

وهو

أي الضمان ثلاثة أنواع ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب وقد يقول: أنا ضامن له أو حميل به أو نحوهما ولا يعين شيئاً فيحمل على المال كما في المدونة وغيرها، وسيأتي. وأشار الناظم لضمان الوجه بقوله: (بوجه) أي بإحضار وجه المضمون أي ذاته قال في التوضيح: هو عبارة عن الضمان بالمدين وقت الحاجة إليه ويبرأ بتسليمه المدين للمضمون له إن حل الحق ولو كان عديماً أو مسجوناً في حق آخر أو في غير مجلس الحكم إن لم يشترط أو في بلد آخر إن كان به حاكم فإن لم يسلمه بحال غرم المال كما سيأتي ويدخل في قوله: بوجه بعض صور ضمان الطلب كأن قال: لا أضمن إلا وجهه أو ضمن وجهه وشرط نفي المال ويبرأ في هذين ولو لم يحضره إذا طلبه بما يقوى عليه و لم يقدر عليه كما لو قال: أنا حميل بطلبه وإنما يغرم ههنا إذا فرط بأن لقيه وتركه أو أمره بالهروب من رب الدين وأشار إلى ضمان المال بقوله: (أو بمال) وقوله: (جار) خبر عن هو وبوجه وبمال متعلقان بالخبر (والأخذ منه) أي من الغريم الحاضر بالبلد (أو على الخيار) يعني أنه اختلف إذا كان الضمان للمال، وكان المدين ملياً حاضراً بالبلد هل يتعين الأخذ منه. ولا كلام لصاحب الحق مع الضامن كما قال (ح) ولا يطالب إن حضر الغريم موسراً وهو قول مالك المرجوع إليه، وبه أخذ ابن القاسم. ابن رشد: وهو المشهور أو رب المال مخير في أن يأخذ حقه ممن شاء منهما وهو قول مالك المرجوع عنه. قال الشارح: واعتمده القضاة. قال اليزناسي: وبه العمل بفاس ومراكش وأحوازهما.

ولا اعتبار برضا من ضمنا

بضم أوله مبني للمجهول أي لا يعتبر في صحة الضمان أو لزومه رضا المضمون بل يصح ويلزم الضامن حيث طالبه به صاحب الحق ولو قال المضمون: لا أرضى قال ابن القاسم: ولو قال اشهدوا أني ضامن لما قضى به لفلان على فلان أو قال: أنا كفيل بما ادعى به فلان على فلان وهما غائبان أو حاضران أو أحدهما لزمه لأن مالكاً أوجب المعروف على من أوجبه على نفسه، ولو غاب الضامن لكان ذلك في ماله اه. ثم استدل الناظم على ما ذكر بقوله: (إذ قد يؤدي دين من لا أذنا) في أدائه عنه. قال مالك: لو أن رجلاً أدى عن رجل حقاً كان عليه بغير أمره لكان له أن يرجع بما أدى عنه اه. والضامن بصدد أن يؤدي عنه فهو أخف من الأداء، وشرط هذا أن يقصد الرفق بالمدين لا إعناته والضرر به والهبة والتبرع عليه، وإلا لم يلزمه فيهما، ثم إذا كان الضمان بإذن المضمون ورضاه فللضامن طلب المدين بدفع الدين أو تخليصه عند الأجل وإلاَّ فلا طلب له إلا بعد الأداء قاله في المفيد، وهذا من فوائد قول الموثقين بإذنه ورضاه لأنه لمجرد الاحتياط والخروج من الخلاف كما قيل والله أعلم.

ويسقط الضمان

عن الضامن جملة (في فساد أصل) الشيء والعقد (الذي فيه الضمان باد) أي ظاهر. والمراد واقع وفيه متعلق بباد وهو مستغني عنه لتمام الكلام بدونه، والمعنى أن الضمان يسقط ويبطل إذا فسد المضمون فيه قال في التوضيح: أما لو كان الفساد في المتحمل به كما لو أعطاه ديناراً في دينارين إلى شهر وتحمل له رجل بالدينارين فثلاثة أقوال. الأول لابن القاسم في المدونة والعتبية والموازية أن الحمالة ساقطة ولا يلزم الحميل بها شيء علم المتبايعان أن ذلك حرام أم لا. علم الحميل بذلك أم لا. ووجهه أن الثمن لما سقط عن الأصل لفساد البيع سقط عن الحميل. والثاني: أن الحمالة لازمة علم الحميل بفساد البيع أم لا. لأن الكفيل هو الذي أدخل المتحمل له في دفع ماله للثقة به فعليه الأقل من قيمة السلعة أو الثمن الذي تحمل به. الثالث: التفصيل بين علم الحميل بالفساد فعليه أو لا فلا شيء عليه، وهما لابن القاسم في العتبية ثم قال: وهذا الخلاف إذا كانت الحمالة في أصل البيع الفاسد فإن كانت بعده فساقطة باتفاق اه وقريب منه في ابن سلمون.

وهو

أي الضمان على ثلاثة أوجه كما مرّ فإن عين الوجه أو المال كان (بما عين ل)ذلك ل(لمعين وهو بمال) أي مصروف إليه (حيث لم يعين) وإنما قال: أنا حميل أو زعيم أو كفيل، ولم يرد بذلك المال ولا الوجه، فإن قال: أردت أحدهما صدق قاله في المدونة فإن قال: شرطت الوجه. وقال الآخر: شرطت عليك المال فالقول أيضاً للحميل لأن الآخر أراد أن يشغل ذمته، ولأن الحمالة معروف فلا يلزم منها إلا ما أقر به قاله ابن يونس.

وإن ضمان الوجه جاء مجملاً

بأن قال: أضمن وجهه ولم يشترط نفي المال ولا قال لا أضمن إلا وجهه. (فالحكم أن المال قد تحملا) يعني إذا لم يحضره عند الأجل. وفي الرسالة: وحميل الوجه إن لم يأت به غرم حتى يشترط أن لا غرم. (وجائز ضمان ما تأجلا معجلاً) كمن عليه مائة إلى ستة فيعطي فيها ضامناً على أن يؤدياً عاجلاً أو إلى أجل دون الأجل الأول، فيجوز وهذا كله إذا كان الدين مما يملك المدين تسجيله كالعين مطلقاً والعرض والحيوان من قرض فإن كان من بيع لم يجز لأن فيه حط الضمان عني في المدة الباقية أو بعضها وأزيدك توثقاً بالضامن (و) جائز أيضاً ضمان (عاجل) أي حال (مؤجلا) لأنه كابتداء سلف بضامن وهو جائز، ولذا شرط فيه أن يكون الغريم موسراً أو معسراً لا يترقب يسره أثناء الأجل بغلة أو نحوها وإلا منع لأنه سلف فيما بعد اليسر جر نفعاً بالضمان مدة العسر وإلى المسألتين أشار (خ): بقوله والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل وعكسه إن أيسر غريمه أو لم يوسر في الأجل.1

وما على الحميل

الضامن (غرم ما حمل) من المال (إن مات مضمون) معدماً (و لم يحن أجل) الدين أما إذا مات ملياً قبل حلول الدين فإن الحق يتعجل عليه من تركته ويبرأ الضامن ولا إشكال فإذا حل الأجل في مسألة العدم غرم الضامن. ابن عرفة: وموت الغريم ملياً يوجب تعجيل القضاء من تركته وموته عديماً لا يوجب على الحميل تعجيله اه. فإن كان الذي مات قبل الأجل هو الضامن ففي المدونة قال مالك: إذا مات الضامن قبل الأجل فللطالب تعجيل حقه من تركته ثم لا رجوع لورثته حتى يحل الأجل وله محاصصة غرمائه اه. (خ): وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد الأجل أو الغريم إن تركه يعني الدين فلو زاد الناظم:

وعجل الحق بموت من ضمن

وارثه يرجع بعد أن يحن

لوفى بالمسألتين. (ويأخذ الضامن من مضمونه ثابت ما أداه) إما ثبت أنه أداه (من ديونه) ببينة أو إقرار المضمون به ولا يكفيه إقرار المدين لأنه لا يخلصه ويرجع عليه بمثل ما أدى إن كان عيناً أو مثلياً اتفاقاً وكذا العروض والحيوان على المشهور (خ) ورجع بما أدى ولو مقوماً إن ثبت الدفع، وقيل: يرجع في المقوم بقيمته، وهذا الخلاف ما لم يشتر المقوم فإن اشتراه رجع بثمنه ما لم يحاب قاله ابن رشد. وهذه إحدى المسائل التي يضمن فيها المقوم بمثله ويجمعها:

ضمن مقوماً بمثل في ضمان

فرض زكاة وجزا هدم مكان

أي في الضمان وفي القرض في الحيوان والعروض كما لو أسلفه عبداً أو فرساً وفي شاة الزكاة وفي جزاء الصيد وفيمن هدم وقفاً فعليه إعادته.

والشاهد العدل

يشهد (لقائم بحق) مالي (إعطاء مطلوب به) أي بسبب ذلك الشاهد (الضامن) مفعول بإعطاء (حق) أي وجب لأن الحكم قارب أن يتوجه إما بشاهد ثان أو باليمين، وظاهر كلام الناظم أنه ضامن المال وهو قول ابن القاسم، وقيل بالوجه فقط، وهو قول سحنون. قال الشيخ ابن رحال: وبه جرى العمل اه. ومن خطه نقلت وهو الذي في (خ) إذ قال هنا ولم يجب وكيل للخصومة ولا كفيل بالوجه بالدعوى إلا بشاهد وإن ادعى بينة بكالسوق وقفه القاضي عنده، وإنما قلنا: إن ظاهر الناظم أنه بالمال لقوله:

وضامن الوجه

واجب (على من أنكرا دعوى امرىء) بمجردها أراد إثباتها. وسأل الضامن من المطلوب، وإنما وجب الضامن (خشية أن لا يحضرا) المطلوب أي أن لا يجده إذا أتى بها فإنه يجاب لإعطاء الضامن (من بعد تأجيل لهذا المدعي) في الإتيان بالبينة (بقدر ما استحق) أي بقدر ما يليق به ويناسب (فيما يدعي) مما لا ضرر فيه على المطلوب، واختلف إن لم يجد ضامناً فقال ابن القاسم: إنه يقال للخصم لازمه بنفسك أو وكيلك حتى تجد البينة، وإليه أشار بقوله: (وقيل إن لم يلف من يضمنه للخصم) متعلق بقيل (لازمه) معمول قيل (ولا يسجنه) وقال أشهب: إنه يلزم لن يأتي به أو يسجن بعد أن يحلف المدعي أن له بينة غائبة وهو المراد بقوله: (وأشهب بضامن الوجه قضى عليه) أي المطلوب (حتماً) لازماً فإن لم يأت به سجن (وبقوله القضا) وليس في النظم ما يفيد أن السجن بعد اليمين فلو قال: مع حلف طالب وذا به القضا. لأجاد، ثم هذا كله إذا ادعى بينة قريبة وإلا حلف المطلوب وترك.

ويبرأ الحميل بالوجه متى أحضر مضموناً لخصم ميتا

حال من مضموناً لأنه إنما تحمل بنفسه وقد ذهبت نفسه قاله في المقرب، وظاهره أنه يبرأ بإحضاره ميتاً سواء شرط أن لا يضمن إلا المال أم لا. وهو كذلك خلافاً للشيخ (م) على أنه إذا شرط ذلك كان ضمان طلب وأفهم قوله: احضر أنه لو كان غائباً عن البلد وأثبت موته في غيبته لا يبرأ وهو قول ابن القاسم في الموازية قال فيها قال ابن القاسم: وإذا مات الغريم بالبلد فلا شيء على الحميل وإن مات في غيبته لزم الغرم إلا أن يكون موت الغريم قبل الأجل بأيام بحيث لو كلف الحميل المجيء به لرجع قبل حلول الأجل فحينئذ تسقط الحمالة بموته في غيبته أو بالبلد. ابن يونس: قول أشهب: نحو ما في الموازية. قال بعض الفقهاء: وهو أشبه لأن الغيب كشف أن لا قدرة له على الإتيان به اه. من المواق. وقول أشهب هو المذهب كما صرح به غير واحد من شروح المتن، وقول (خ) في باب الضمان لا أن أثبت عدمه أو موته في غيبته ولو بغير بلده أي فلا ضمان، وهذا هو الراجح دون ما ذكره في باب الفلس. ومفهوم قوله ميتاً أنه لو أحضره له مريضاً أو مسجوناً لكان أحرى بأن يبرأ وهو كذلك.

وأخروا

أي الحكام إذا ثبت الحق وحكموا بأدائه المحكوم عليه (السائل للإرجاء كاليوم) أي وعد بالقضاء وسأل تأخير كاليوم (عند الحكم بالأداء) فيجاب (إن جاء في الحال بضامن) أو رهن للمال (وإن لم يأت بالحميل بالمال) ولا برهن (سجن).
باب الوكالة وما يتعلق بها

من تداعي الوكيل والموكل. ابن عرفة: الوكالة نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته فخرج بقوله غير ذي إمرة الولاية العامة والخاصة، ولو أسقط ذي وجعل غير صفة لحق لكان أخصر، وبقوله ولا عبادة إمامة الصلاة، وبقوله غير مشروطة بموته الوصية ولغيره متعلق بنيابة وفيه أي نيابة في ذلك الحق.

يجوز توكيل لمن تصرفا في ماله

وهو الرشيد الذي لا حجر عليه، فاللام متعلقة بيجوز، وإن جعلتها بمعنى من تعلقت بتوكيل، والمعنى يجوز لمن تصرف في ماله أن يوكل ومفهومه أن المحجور ليس له توكيل وهو كذلك، فلا يجوز توكيله على البيع أو الشراء أو ما في معناهما قال الحطاب: و لم أر فيه خلافاً بعد البحث عنه إلا ما يفهم من مسألة العتق قال: وأما توكيله على طلب حقوقه فلا يجوز على ظاهر المذهب ويصح على ما قاله في اللباب اه. وفي المتيطية قال غير واحد: وللسفيه طلب حقوقه حضر وصيه أو غاب والخصومة فيها وليس له أن يوكل على طلبها. وقال ابن بقي وغيره: له أن يوكل كما له أن يطلب وبه مضى العمل اه. ونحوه في المعيار إلا أنهم قالوا: لا يقبض المال إذا تعين، وقد تبين أن العمل بتوكيله في طلب حقوقه. وقال في العمليات: وجوزوا التوكيل للمحجور عليه والإيصاء في الأمور. قال في الشرح: وبه وقع الحكم من شيخنا ابن سودة كما يجوز للمحجور عليها أن توكل في لوازم عصمتها بل ليس لوليها القيام بذلك إلا توكيل منها كما في التوضيح والحطاب (لمن بذاك اتصفا) أي شرط الوكيل أيضاً أن يكون رشيداً فلا يجوز توكيل المحجور عليه وهو ما قاله اللخمي. ابن عرفة: وعليه عمل بلدنا. ابن شاس: كل من جاز تصرفه جاز توكيله، ومن جاز تصرفه لنفسه جاز كونه وكيلاً إلا لمانع.

وصرح ابن راشد بالجواز، وأفتى به ابن الحاج وهو نص العتبية. وقال ابن رشد: بلا خلاف. قال الحطاب: فتحصل فيه طريقتان.

ومنعوا التوكيل

من المسلم (للذمي) لأنه لا يتقي الحرام في معاملاته. قال مالك: وكذا عبده النصراني لا يجوز أن يأمره ببيع شيء أو شرائه أو اقتضاء، ولا يمنعه أن يأتي الكنيسة أو ليشرب الخمر (وليس أن وكل) بفتح الهمزة يعني وليس توكيل الذمي للمسلم بأن ينوب في خصومة أو غيرها (بالمرضي) أي يكره لما فيه من الامتهان أو حيث لا يؤمن صدقه في دعواه ففي ابن عتاب عن الشعباني: الوكالات أمانات فينبغي لأولي الأمانات أن لا يتوكلوا لأولي الخيانات وكفى بالمرء خيانة أن يكون أميناً للخونة (ومن على قبض) بالتنوين (صبياً) مفعول مقدم أي ومن (قدما) صبياً على قبض ممن له عليه دين (فقبضه) ماض على الموكل (براءة للغرما) الذين أدوا إليه. قال ابن الحاج: لأن صاحب الحق قد رضي به وأنزله مترلته، ولا ينافي ما تقدم عن اللخمي وغيره من أن ذلك لا يجوز لأن هذا كلام فيما بعد الوقوع وإن كانت طائفة تجيزه ابتداء كما مرّ.

وجاز للمطلوب أن يوكلا

من يخاصم عنه ويدفع حجة طالبه كما يجوز ذلك للطالب عند سائر الفقهاء (ومنع سحنون له) أي لتوكيل المطلوب (قد نقلا) والعمل على الجواز قال في المتيطية: وإذا أراد الرجل التوكيل جاز له ذلك طالباً كان أو مطلوباً هذا القول المشهور الذي جرى به العمل، وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكيلاً إلا من امرأة لا يخرج مثلها أو مريض أو مريد سفر أو من تبين عذره. وقال ابن عرفة: وفي جوازها لغير عذر ثالثها للطالب لا للمطلوب للمعروف مع قول المتيطي هو الذي عليه العمل، ونقله عن سحنون وفعله.

وحيثما

وقع (التوكيل بالإطلاق) كأن يقول وكلتك أو أنت وكيلي ولا يزيد على ذلك (فذلك التفويض) في الوكالة فيعم الجميع وأحرى إذا نص على التعميم (باتفاق) فإن لم يطلق بل قيد كقوله: وكلت على فلان أو على قبض ديني أو بيع ثوبي اختص بذلك، وهذه طريقة ابن رشد لأنه قال: إنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء إذا لم يسم فيها شيئاً اه. ولهذا قالوا في الوكالة: إذا طالت قصرت وإذا قصرت طالت. وطريقة ابن بشير وابن شاس وابن الحاجب أن الإطلاق لا يقيد ولا يصح به توكيل، وعليه الشيخ (خ) إذ قال بما يدل عرفاً لا بمجرد وكلتك بل حتى يفوض أو يعين بنص أو قرينة وتخصص بالعرف، فلا يعده اه وحيث قلنا بالتفويض للنص عليه أو للإطلاق مضى تصرفه فيما كان نظراً.

وليس يمضي غير ما فيه نظر

لأن الوكيل معزول عن غير المصلحة وعن المصلحة المرجوحة (إلا بنص في العموم) متعلق بما قبله أو بما بعده (معتبر) صفة لنص كأن يقول: وكلتك على ما هو نظر وغير نظر فيمضي حينئذ ولو كان غير نظر إلا في أربعة أشياء طلاق زوجته وإنكاح بكره وبيع دار سكناه وعبده، فلا يمضي شيء منها إلا بالنص على عينه، والمراد بغير النظر فيما عند الناس وهو نظر عند الوكيل أو ما ليس فيه تنمية، وأما الإسفاء فلا يجوز (وذا) أي الوكيل المفوض (له تقديم) أي توكيل (من يراه بمثله) أي بمثل ما وكل عليه من التفويض (أو بعض مقتضاه) أي بأن يوكل وكيلاً مخصوصاً ببعض الأمور التي وكل عليها لا مفوضاً مثله، وقيل: ليس للمفوض أن يوكل إلا بنص له على ذلك. قال ابن ناجي: وبه العمل كالوكيل الخاص المشار إليه بقوله: (ومن على مخصص وكل لم يقدم) أي لم يجز له أن يوكل غيره على شيء مما وكل فيه (إلا أن به الجعل حكم) أي إلا أن يجعل له ذلك إلا بنص أو قرينة ككون ما وكل عليه لا يليق به أن يباشره كشريف قدر وكل على بيع دواب أو يكثر ما وكل عليه من الأمور بحيث يعلم أن الوكيل لا يستقل بها (خ) ومنع توكيله إلا أن لا يليق به أو يكثر ولا ينعزل الثاني بعزل الأول.

وما

هو (من التوكيل لاثنين فما زاد) كثلاثة فأكثر على مخاصمة واحد هو (من الممنوع عند العلما) للضرر. قال المتيطي: ولا يجوز لرجل ولا امرأة أن يوكل في الخصام أكثر من وكيل واحد اه. وأما في بيع أو شراء أو على خصومة أخرى فجائز. ثم اعلم أن الوكيل إما مفوض فيلزم إقراره أو غير مفوض فلا يخلو إما أن ينهاه الموكل عن الإقرار فلا يلزم ما أقر به بلا خلاف أو يجعله له، فيلزم على المشهور المعمول به، ولابن خويز منداد تحصيل مذهب مالك أنه لا يلزم أو يطلق الوكالة، فالمعروف من المذهب أنها لا تستلزم الإقرار ولو أقر لم يلزم، وعن مالك لزوم إقراره وعلى الأول فهي وكالة ناقصة للمطلوب إن يردها ولا يخاصمه حتى يجعل له الموكل الإقرار أو يفوض له، وإلى هذا أشار الناظم بقوله: (والنقض للإقرار والإنكار من توكيل الاختصام بالرد قمن) أي جدير يعني أن من وكل على الخصام و لم يجعل له موكله الإقرار بأن نهاه عنه أو أطلق، فهو توكيل ناقص للمطلوب أن يرده ولا يخاصم معه لما عليه من الضرر في ذلك. قال المتيطي: وهو المشهور المعمول به عند القضاة والحكام. وقال في البيان: نزلت فقضى فيها بأنه لا تقبل الوكالة إلا أن يحضر الموكل مع وكيله في وقت الحكم ليقر بما يوقف عليه خصمه أو يكون قريباً من مجلس القاضي، واحترز من توكيل الاختصام من توكيل التفويض للزوم الإقرار فيه كما مر (خ) وليس له الإقرار إن لم يفوض له أو يجعل له ولخصمه اضطراره إليه قال: وإن قال أقرّ عني بألف فإقرار أي بمجرد قوله ذلك دون توقف على نطق الوكيل به قال في المفيد: واتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به فلان علي فهو لازم لي أنه لا يلزمه.

وحيث الإقرار

من الوكيل على خصومة جعل له الإقرار فيها (أتى)بما هو (بمعزل عن الخصام) الذي وكل عليه (فهو غير معمل) ولا يلزم الموكل منه شيء قال في الشامل: ويلزمه ما أقر به على الأصح إن كان من معنى الخصومة التي وكل عليها وإلا لم يقبل على الأصح ومثله لابن عرفة انظر الحطاب.

ومن

موصولة (على خصومة معينه) خبر عن قوله (توكليه) والجملة صلة من (فالطول) فيما بين التوكيل والقيام به أو فيما بعد المناشبة وقبل التمام (لن يوهنه) أي لا يضعف الطول ذلك التوكيل ولا يبطله غير أنه يسأل الموكل إن كان حاضراً أهو على وكالته فقد قال سحنون: فيمن وكل على خصومة فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنين أنشب الخصومة قبل ذلك أو لم يتعرض لشيء، ثم قام يطلب بيلك الوكالة القديمة فقال: يسأل أهو على وكالته أو خلعه، فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته اه. ومثله في النوادر عن كتاب ابنه قال ابن سهل: ورأيت بعض أشياخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر ونحوها ويرى تجديد الوكالة إذا أراد الخصومة اه.

وإن يكن قدم للمخاصمة وتم

أي انقضى (ما أراد)ه من تلك المخاصمة (مع من خاصمه ورام) بعد تمامها (أن ينشىء) خصومة (أخرى) مع الخصم الأول أو مع غيره (فله ذاك) بشرطين أحدهما (إذا أطلق من وكله) أن يوكله على الخصام دون تقييده بخصومة معينة، والثاني إذا قرب ما بين التوكيل والخصومة الثانية وهو قوله: (و لم يجز عليه نصف عام من زمن التوكيل للخصام) كان حقه أن يقول من انقضاء ذلك الخصام الأول قال في المقصد المحمود: وإذا كانت الوكالة مبهمة فللوكيل أن يخاصم عنه في قضية أخرس بحدثان انقضاء الأولى وليس ذلك له في قضية مفسرة بمطالبة فلان ولا في المبهمة إذا طال الزمان نحو الستة أشهر، وأما إذا اتصل الخصام فيها فله التكلم عنه وإن طال الأمد اه. فالطول مع اتصال الخصام غير مضر مطلقاً والطول قبل الخصومة أو في أثنائها. فيه قولان، وظاهر ابن سهل وابن عرفة وابن غازي في التكميل والزقاق في لاميته أن القولين كانت الخصومة معينة أو لا. ونقل الحطاب عن بعضهم تخصيصها بالمعينة وإلا فهي على صحتها. وأما الناظم فاقتصر في المعينة على الصحة، وفي غيرها على البطلان. ونص ابن غازي فرعان الأول قال ابن سهل: رأيت بعض شيوخنا يستكثر إمساكه عن الخصومة ستة أشهر ونحوها، ويرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة وقال حبيب بن نصر: سألت سحنوناً عمن وكل على مخاصمة رجل فلم يقم الوكيل بذلك إلا بعد سنتين أنشب الخصومة أو لم ينشبها حتى مرت السنتان ثم، قام يطلب بتلك الوكالة القديمة أله ذلك أو يجدد الوكالة؟ قال: يبعث الحاكم إلى الموكل يسأله أهو على الوكالة أو خلعه؟ فإن كان غائباً فالوكيل على وكالته. ابن عرفة: وعلى الأول جرى المتيطي إذ قال في الوكالة على الإنكاح إن سقط من الرسم دائمة مستمرة وطال أمد التوكيل ستة أشهر سقطت إلا بتوكيل ثان. قال ابن فتوح: إن خاصم واتصل خصامه سنتين لم يحتج لتجديد توكيل، ونقله في نوازل ابن سهل عن سحنون، ومثله في النوادر عن كتاب ابنه، وقد أغفله ابن عرفة: اه. وقال ابن عرفة في الانعزال: بطول مدة التوكيل ستة أشهر وبقائه. قول ابن سهل عن بعض شيوخه مع المتيطي ونقله عن سحنون اه.

وموت من وكل

بفتح الكاف وهو الموكل (أو وكيل يبطل ما كان من التوكيل) أما بطلان الوكالة بموت الوكيل فلأنها ليست بحق تورث عنه حتى يقول وارثه: أنا أقوم مقامه وأما بطلانها بموت الموكل فلانتقال الحق لغيره وهم الورثة فليس للوكيل أن يتصرف لهم بغير إذنهم فإن فعل فلهم رده إلا أن يكون غير عالم. قال مالك، فيمن له وكيل ببلد يجهز المتاع وما باع أو اشترى بعد موت الآمر و لم يعلم بموته؛ فهو لازم للورثة وما باع أو اشترى بعد علمه بموته لم يلزمهم لأن وكالته لم تلزمهم لأن وكالته انفسخت، ثم قال: إلا أن يموت عندما أشرف الوكيل على تمام الخصومة وبحيث لو أراد الوكيل فسخ وكالته ويخاصم هو أو يوكل غيره لم يكن له ذلك. قال: وما كان من يمين يحلفها الآخر حلفها الورثة إن كان فيهم من يعلم ذلك اه. وشمل عموم قوله: ما كان من التوكل ما إذا كان للوكيل وكيل، ثم مات الموكل فإنه ينعزل الجميع فأغنى عن قوله: والعزل للوكيل. البيت.

وليس من وكله موكل

بفتح الكاف أي وكيل (بموت) ولا بعزل (من وكله) وهوالوكيل الأول (ينعزل) أي لا ينعزل الوكيل الثاني بموت الأول لأنه لما كان توكيله بإذن من رب المال صار وكيلاً له فلا ينعزل بموت الأول ولا بعزله. (والعزل للوكيل والموكل) بالفتح (منه) أي من ذلك الوكيل (يحق بوفاة الأول) وهو رب المال (وما لمن) أي ليس للوكيل الذي قاعد خصمه (وحضر في الجدال ثلاث مرات) ولو في يوم واحد (من انعزال) أي ليس للموكل أن يعزله ولا له هو حينئذ أن يتخلى عن الوكالة ويعزل نفسه (إلا لعذر مرض أو لسفر) قال ابن العطار: ويلزمه في السفر اليمين أنه ما استعمل السفر ليوكل، فإن نكل لم يبح له التوكيل إلا أن يشاء خصمه، وقال ابن الفخار: لا يمين عليه (ومثله) أي مثل الوكيل في امتناع تأخيره عن الخصام وتقديم غيره له (موكل ذاك حضر) أي حضر الجدال ثلاث مرات ثم أراد توكيل غيره، فليس له ذلك إلا برضا خصمه (ومن له موكل) بالفتح (وعزله) حيث يسوغ له عزله أو رضي الخصم (لخصمه إن شاء أن يوكله) على من كان وكيلاً له لا حجة له أنه اطلع على عوراته ووجوه خصوماته. قال في الاستغناء: وجزم به ابن فرحون في تبصرته، وزاد في شرحه لابن الحاجب، وينبغي أن لا يمكن من الوكالة لأنه صار كعدوه ولا يوكل عدو على عدوه قاله الحطاب. (وكل من له على مبيع وكلا) أي كل من وكل على بيع لشيء (كان له القبض) أي قبض ثمنه (إذا ما) زائدة (أغفلا) أي سكت عن قبض الثمن كما له ذلك إذا نص عليه لأنه العرف، وكذلك من وكل على الشراء له قبض المبيع فإن لم يفعل حتى تعذر القبض ضمن فيهما، ومفهوم أغفل أنه إذا نص على عدم القبض لم يكن للوكيل أن يقبض الثمن ولا المبيع، ومثله ما جرت العادة فيه بأن الوكيل يعقد البيع فقط والموكل هو الذي يقبض ثمنه كما في بيع الأصول والأشياء الرفيعة الثمن لم يكن للوكيل قبض.

و

شخص (غائب) ظهر له حق كعبد سرق له أو دابة أو أخذ شيء من ماله أو أحدث عليه ضرر فأراد شخص أن يخاصم له وينوب عنه من غير توكيل منه هل له ذلك أم لا؟ في المسألة خمسة أقوال. اقتصر الناظم منها على أن قال: (ينوب في القيام عنه) بحقه قريب القرابة وهو (أب وابن) لا غيرهما. هذا ظاهره. وفي التوضيح الأب والابن ومن له قرابة قريبة (وفي الخصام) عطف على القيام قال في التوضيح: ثم إذا مكن من الخصام لم يخرج الملك من يد حائزه، وإنما يشهد عليه خوف موت الشهود ما لم يقرّ من بيده العقار أنه للغائب فيخرج عنه ويجعل بيد ثقة، وثاني الأقوال: إنه يمكن من ذلك القريب والأجنبي قاله ابن القاسم، وذهب سحنون وأصبغ إلى أن القاضي يوكل من ينوب عن الغائب. وثالثها: يمكن من إقامة البينة ولا يمكن من الخصومة، وجعله الناظم من تمام الأول وخصه بغير الأجنبي فقال: (وجائز إثبات غير الأجنبي) وهو قريب غير أب وابن (لمن يغيب) فيثبت الحق بالبينة مخافة موت الشهود (واختصامه أُبي) أي منع وأقره ابنه وهو خلاف ما في التوضيح والحطاب، واقتصر المواق على أن ذلك للابن والأب قال: ولا يجوز ذلك لمن سواهما من القرابة اه.p ورابعها: لا يمكن من شيء منهما إلا بوكالة. وخامسها: أن القريب والأجنبي يمكن من الخصومة في العبد والدابة

والثوب دون توكيل لأن هذه الأشياء تفوت وتحول ولا يمكن من الخصومة في غيرها إلا الأب والابن. حكاه ابن حبيب ومطرف، وقد ظهر لك أن الأول والثاني والخامس ثلاثتها متفقة على تمكين الأب والابن من الخصومة. ثم اعلم أن محل الخلاف ما لم يتعلق بالقائم عن الغائب ضمان للشيء المدعى فيه كالمرتهن لما يغاب عليه، والمستعير أحق كاستيفاء المرتهن حقه من ذلك العبد أو الدابة، واستيفاء الزوجة نفقتها من ثمنهما، فلها أن تقيم البينة لملكهما الغائب وينزعان ممن هما بيده ويباعان في النفقة أو الدين والله أعلم.

فصل في تداعي الموكل والوكيل

أي: في حكم ما إذا أقر الوكيل بقبض ما وكل على قبضه أو قبض ثمن ما وكل على بيعه وادعى أنه دفع ذلك لموكله وأنكر الموكل، وحكى في ذلك أربعة أقوال. أولها: ما أشار له بقوله: (وإن) ادعى (وكيل) فهو فاعل بفعل محذوف يفسره (ادعى إقباض من وكله ما حاز)ه الوكيل من دين أو ثمن مبيع وما مفعول ثان لإقباض (فهو) أي الوكيل (مؤتمن مع طول مدة) كسنة فيما بين قبضه وادعائه الإقباض، فيكون القول له بغير يمين لأنه قام له شاهدان الأمانة وطول المدة (وإن يكن مضى شهر) ونحوه (يصدق مع يمين تقتضى) منه لفقد الطول فلم يبق له إلا شاهد الأمانة فيحلف معه (وإن يكن بالفور) متعلق ب(الإنكار له) أي وإن يكن الإنكار للإقباض بحضرة القبض وقربه منه بالأيام اليسيرة (فالقول) للموكل بيمينه وهو معنى قوله: (مع حلف) بتسكين اللام (لمن وكله) وهذا قول مطرف، والثاني أن القول للوكيل مع يمينه مطلقاً، وإليه أشار بقوله:

وقيل

إن القول للوكيل (إن أنكر) الموكل الإقباض (بعد حين) أي سنة (فهو) أي الوكيل (مصدق بلا يمين، وإن يمر الزمن القليل) وهو ما دون السنة فيصدق بالشهر وباللحظة الواحدة أي الحضرة فالقول له فيهما بيمينه كما قال (فمع يمين قوله) أي الوكيل (مقبول) وبهذا فارق الأول لأنه لا يقبل قوله: إذا كان القيام بالحضرة (وقيل بل يختص ب)الوكيل (المفوض إليه) ه(ذا الحكم) وهو التصديق بيمين مع القرب وبدونها مع البعد وهو السنة (لفرق مقتضي) لذلك وهو شدة الوثوق بأمانة المفوض لما وقع من الإطلاق إليه (ومن له وكالة معينة) على شيء بعينه (يغرم) ما زعم دفعه لموكله وأنكره فيه (إلا أن يقيم البينة) على دفعه. ابن عرفة: وفيها الوكيل على بيع مصدق في دفع ثمنه للآمر لأنه أمينه. ابن رشد: في قبول قول الوكيل مع حلفه أنه دفع لموكله ما أمره بقبضه من بيع أو غريم مطلقاً أو إن كان بعد شهر ونحوه وإن طال لم يحلف ثالثها إن كان بالقرب بيسير الأيام أحلفه وإن طال لم يحلفه. ورابعها الوكيل على معين غارم مطلقاً والمفوض إليه يحلف في القرب لا في البعد لسماع ابن القاسم معها. ورواية مطرف وقول ابن عبد الحكم مع ابن الماجشون وأصبغ اه.

تنبيه: هذا كله فيما قبضه الوكيل بغير إشهاد وأما ما قبضه بإشهاد فلا يصدق في دعواه دفعه لموكله إلا بإشهاد كالمودع والرسول قاله القاضي عبد الوهاب والفاكهاني والزناتي والمشذالي، وجعله الحطاب هو معنى التشبيه في قول (خ) وصدق في الرد كالمودع.

ثم أشار الناظم إلى أن الوكيل العرفي كالحقيقي فقال:

والزوج

بالنسبة (للزوجة كالموكل) بالفتح بالنسبة لموكله (فيما من القبض لما باعت) ومن متعلقة ب(يلي) أي فيما وليه من قبض ما باعته إذا قال إنه دفعه لها وأنكرته فينظر لطول المدة وعدمه وتحري الأقوال السابقة.

فرع: قال الحطاب: وتصرف الرجل في مال امرأته محمول على الوكالة حتى يثبت التعدي قاله مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم كتاب البضائع والوكالات، ورسم البر من سماعه من كتاب المديان، وقال ابن عرفة: في حمل الزوج وشرائه لزوجته على الوكالة وإن لم تثبت أو حتى تثبت دليلاً سماع ابن القاسم في كتاب المديان وسماع عبد الملك في كتاب الدعوى.

تنبيه: ما قبضه الأخ من كراء ربع بينه وبين أخته سنين ثم قامت تطلبه بنصيبها فيه فادعى دفعه لها في جميع المدة فهو مصدق. قال ابن ناجي: وقعت بالمهدية فأفتى فيها ابن عرفة بذلك وأبو مهدي بعكسه وجيء بالفتوتين لقاضيها فتوقف، ثم قدم تونس وقد مات ابن عرفة فذكر ذلك لأبي مهدي وناوله فتواه فقال: هذا خطأ ومزقها ثم ناوله الأخرى وأخذ القلم وكتب تحتها رأى رحمه الله أنه وكيل عرفاً، وبه أقول. وكان يقول ما خالفته في حياته فلا أخالفه بعد وفاته. قلت: فلو زيدت هذه لقيل:

والأخ للأخت كراء يقتضى
ويدعي الدفع بقوله قضى
وهو على التوكيل عرفاً يحمل
كالزوج مع زوجته إذ يقبل

وفيه إشارة إلى ما ذكرناه أولاً من أن الزوج إنما يكون وكيلاً عن زوجته ويمضي تصرفه عليها إذا كان ذلك هو العرف في بلدهما فيقضي على ما ثبت منه. وقول الناظم، فيما من القبض لما باعت يقتضي أنه لا يكون كالوكيل في البيع نفسه، وهو كذلك إذا لم يجر به عرف كما عندنا الآن فإن جرى به مضى أيضاً، وفيه فرضه في البيان. قال في كتاب البضائع والوكالات ما نصه: قوله وهو سفيرها أي وكيلها يدل على أنه يحكم له بحكم الوكيل فيما باع واشترى لزوجته وإن لم تثبت وكالته للعرف الجاري من تصرف الرجال لأزواجهم في أمورهن قال: وفي سماع عبد الملك ما يدل على أنه محمول في ذلك على غير الوكالة حتى تعلم وكالته اه. منه.

وموت زوج

قبض ثمن ما باعته زوجته أو قبض ديناً لها على غيره (أو) موت (وكيل إن عرض) هو أي الموت بعد قبضه ما لموكله كانتا (من غير دفع ما بتحقيق) متعلق بقوله (قبض) أي إن عرض موت الوكيل أو الزوج قبل أن يدفع ما قبضه بتحقيق لإشهاد عليه به (من ماله) أي من مال من ذكر من الزوج أو الوكيل (يأخذ ذاك) المقبوض (قائم) أي من قام منهما وقوله: (بالفور) متعلق بعرض (والعكس) وهو عروض الموت لا بالفور بل بعد طول كالشهر ونحوه (لعكس لازم) أي لا يأخذ الموكل ولا الزوجة شيئاً أو والعكس وهو عدم الأخذ لازم للعكس وهو عروض الموت بعد طول وهذا أظهر. وسئل ابن لب عن رجل قبض ميراث زوجته في أبيها ثم توفي؟ فأجاب إن كان الزوج مات بحدثان القبض فذلك لازم لتركته بعد يمين القضاء، وإن كان ذلك بعد الشهر ونحوه حمل على أنه قد دفع ما قبض، وهذا إذا كان القبض بإذن الزوجة فإن كان تجاسراً وتحاملاً عليها فهو في ماله وتركته.

باب الصلح

قال في التوضيح: قال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة قطع المنازعة وهو مأخوذ من صلح الشيء بفتح اللام وضمها إذا كمل وهو خلاف الفساد. وقال ابن عرفة: هو انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه اه. والأول عن إقرار والثاني عن إنكار، ولو قال عقد يوجب انتقالاً الخ لأن الانتقال لازم الصلح لا عينه وهو معاوضة وإبراء وإسقاط، فالمعاوضة أخذ ما يخالف الشيء المدعى فيه، والإبراء إسقاط بعض ما في الذمة كدراهم وغيرها والإسقاط وضع بعض المعين كدار فيأخذ بعضها (وما يتعلق به) من حكم نقضه بعد إبرامه (والصلح جائز بالاتفاق لكنه) أي جوازه (ليس على الإطلاق) بل يجوز ما لم يؤد إلى حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواه الترمذي وحسنه، وقد يكون الصلح واجباً أو مندوباً كما قال (خ) وأمر بالصلح ذوي الفضل والرحم كأن خشي تفاقم الأمر، وتقدم ذلك. فيراد بالجواز في كلام الناظم ما يشملهما.

وهو

أي الصلح (كمثل) الكاف زائدة أي هو مثل (البيع في الإقرار) فيجوز مع اعتبار شروط البيع بلا خلاف فإن كان عن إنكار فكذلك عند مالك وغير واحد من أئمة المذهب، وعنه عبر الناظم بالجمهور فقال: (كذاك للجمهور في الإنكار) أي يجوز خلافاً للشافعي ومن وافقه، ثم على الجواز يعتبر فيه ما يعتبر في صلح الإقرار، فلا بد أن يجوز على دعوى المدعي وعلى دعوى المدعى عليه، ويزاد على ظاهر الحكم عند مالك. واعتبر ابن القاسم الشرطين الأولين فقط، وأصبغ أن لا تتفق دعواهما على فساد، وأمثلة ذلك مبسوطة في المطولات، ومقابل الجمهور هو ما حكاه عياض عن ابن الجهم عن بعض أصحابنا. قال ابن عرفة: ولم يذكر المازري ولا ابن القصار ولا أحد من مشاهير شيوخ المذهب المعتاد منهم نقل غريب المذهب خلافاً في جواز الصلح على الإنكار إلا ما نقله عياض عن ابن الجهم عن بعض أصحابنا. قال ابن

عرفة: وجوازه باعتبار عقده، وأما في باطن الأمر فإن كان الصادق المنكر فالمأخوذ منه حرام وإلا فحلال. فإن وفى بالحق برىء وإلاَّ فهو غاصب في الباقي قلت: في ابن سلمون ما نصه: والصلح على الإقرار اتفق المسلمون على جوازه وتنازعوا في جوازه على الإنكار، وممن منع منه الشافعي، وابن أبي ليلى قالا: لا يقع على حال لا يجوز فيها صلح، وأجاز ذلك مالك وجميع أصحابه وبه مضى العمل، ولا شك أن هذا مراد الناظم لأنه كثيراً ما يتبعه. وفي المفيد اتفق العلماء على جواز الصلح على الإنكار والإقرار إذا كان عن طوع من المتصالحين لا يدخله إكراه اه.

فجائز في البيع جاز مطلقا فيه

أي في الصلح فيجوز على دين بما يباع به الدين كعروض في الذمة يصالح عنها بدراهم أو العكس أو كدنانير حالة يصالح عنها بدراهم نقداً أو العكس، وكذهب حال يصالح عنه ببعضه نقداً أو إلى أجل أو فضة كذلك لا بذهب عن ذهب أكثر منه أو أقل مع اختلافهما سكة وصياغة أو جودة ورداءة ولا بفضة عن فضة كذلك، ولا بذهب عن فضة إلى أجل فيمنع كما أفاده بقوله: (وما اتقى بيعاً يتقى كالصلح بالفضة) المسكوكة مثلاً عن المصوغة تفاضلاً (أو بالذهب) المسكوك عن المصوغ مثلاً (تفاضلاً أو بتأخر أُبي) أي منع مثله في الصرف لأنه يعتبر في الصلح ربا الفضل وربا النسا في النقد، وكذا في الطعام كما قال: (والصلح بالمطعوم) كقمح تأخذ. (في) أي عن (المطعوم) كفول أو شعير (نسيئة) أي إلى أجل ولو قرب (رد) أي حكمه الرد (على العموم) كان الطعام المصالح به على قدر الطعام المصالح عنه أو أقل أو أكثر. قال مطرف: هو حرام صراح، وكذا عن قمح مؤجل أو عرض مؤجل بأقل منه نقداً لأن فيه ضع وتعجل أو عن مؤجل غير عين بأكثر منه نقداً لأن فيه حط الضمان. وأزيدك وهما ممنوعان كما قال: (والوضع من دين على التعجيل أو المزيد فيه للتأجيل) وفي الرسالة: ولا تجوز الوضيعة من الدين على تعجيله ولا التأخير به على الزيادة فيه. (والجمع في الصلح لبيع وسلف) كمن لك عليه دينار حال فتصالحه على أن تأخذ منه ثوباً بنصف دينار وتؤخره بالنصف الآخر إلى أجل.

وما

أي الصلح الذي (أبان غرراً) كعبد آبق أو رطل من شاة (بذا) أي بهذا الحكم وهو المنع والرد (اتصف) وقوله: والوضع مبتدأ وما بعده معطوف عليه وبذا اتصف خبر. (والصلح بالطعام قبل القبض من ذمة فذاك غير مرضي) أي جائز. وقوله: من ذمة صوابه من بيع لأن محترزه طعام القرض وهو في الذمة أيضاً لا طعام الأمانة فقط كما عبّر به في مفهومه إذ قال: (وإن يكن يقبض من أمانة فحالة الجواز مستبانة) قال في المقرب في مصالحة الزوجة. قلت: فإن كان الطعام من سلم قال فقال: لا يجوز أن يصالحها بشيء على أن يكون الطعام لهم لأنه بيع للطعام قبل قبضه، ثم قال: نعم يجوز إذا كان للطعام من قرض، وقد جمع بعضهم الموانع التي تتقى هنا فقال:

جهلاً وفسخاً ونسا وحط ضع

والبيع قبل القبض إن صالحت د ع

ولو قال: وربا عوض ونسا لشمل ربا الفضل وبقي عليه الغرر واجتماع البيع والسلف وسلف جر نفعاً.

فرع: اختلف في الصلح على ترك القيام بالعيب فابن القاسم يرى أنه مبايعة بعد فسخ الأول فيعتبر ما يحل ويحرم من بيع وسلف وفسخ دين في دين، وأشهب يرى البيع الأول باقياً وهذا عوض عن الإسقاط فيعتبر ما يحل ويحرم من سلف جر نفعاً، وفسخ دين في دين فمن اشترى عبداً بمائة نقداً ونقدها، ثم اطلع على عيب في العبد وأثبته أو أقر به البائع فصالحه بعشرة إلى شهر لم يجز عند ابن القاسم لأنه بيع وسلف لأنه اشترى حينئذ العبد بالتسعين وأخر بالعشرة، وجوزه أشهب لأنها عن العيب ولو كانت نقداً جازت عندهما قاله ابن الحاجب.

فصل

وللأب الصلح عن

ولده (المحجور) له ذكراً كان أو أنثى بما يوفى بحقه كأن يكون لولده حق على مدين فيصالحه بعرض يساوي حقه بل (ولو بدون حقه المأثور) أي المختص به كأن يصالحه بما هو أقل وإنما يجوز هذا (إن خشي الفوت على جميع ما هو به يطلب من) أي الذي (قد خصما) لكونه منكراً للحق ولا بينة، فالصلح ببعض الحق حينئذ أولى من ذهاب جميعه، فإن كان الحق شيئاً لا خصام فيه ولا دعوى لم يجز للأب أن يصالح بأقل، إذ ليس بنظر فإن فعل كان للولد أو البنت القيام بحقهما على الغريم إلا أن يكون الأب قد تحمل بالباقي فلهما الرجوع عليه إذا أعدم المدين قاله في المفيد إلا البنت في مسألة واحدة وهي ما إذا طلقت قبل البناء وعفا الأب عن نصف الصداق الواجب لها فلا كلام لها وهي قوله:

والبكر وحدها تخص ههنا

أي في باب الصلح وإسقاط الحق أو بعضه (بعفوه) أي للأب لا غيره من جد أو وصي (عن مهرها قبل البنا)ء بدليل قوله الآتي:

وللأب العفو عن الصداق

أو وضعه للبكر في الطلاق

لا بعد البناء ولا بعد الموت، فإن فعل كان لها نقضه كما مر، ونص عليه المازري في الموت، وظاهر كلام الناظم: إن للأب أن يعفو عن الصداق قبل البناء طلق الزوج أم لا. وهذا قول ابن القاسم، وقيده قيل بما إذا كان لمصلحة، والمشهور قول مالك أن ذلك إنما هو بعد الطلاق الآية إلا أن يعفون} الزوجات المالكات لأمرهن أو يعفو الذي بيده عقدة

النكاح} وهو عند مالك: الأب في ابنته البكر خاصة (خ) وجاز عفو أبي البكر عن الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق. ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق؟ تأويلان. هذا حكم الأب يعفو تارة ويصالح أخرى، وأما الوصي فلا يعفو وله أن يصالح إذا كان نظراً للمحجور كما قال:

وللوصي الصلح عمن قد حجر

أي عن محجوره ذكراً كان أو أنثى (يجوز) حيث سلم من الموانع (إلا مع غبن) أي بخس في حقه الذي يطلبه (أو ضرر) عليه في الصلح عما يطالب هو به. قال في المفيد: وصلح الوصي على أيتامه جائز نافذ ما لم يكن عليهم فيه غبن وفعله في ذلك على الجواز حتى يثبت خلافه قاله أصبغ عن ابن القاسم وهو الشأن. وحاصل جواب المعيار الذي سماه تنبيه الطالب الدراك في الصلح المنعقد بين ابن صعد والحباك أن المحجور لا يخلو إما أن يكون طالباً أو مطلوباً، وفي كل ثلاثة أقسام فإن كان طالباً والحق ثابت لم يجز الصلح عنه باتفاق، وإن كان الحق غير ثابت ولا يرجى له ثبوت، فالصلح مشروع وإن كان الحق غير ثابت في الحال، ولكن يرجى ثبوته في المآل فالصلح ممنوع، وأما إن كان المحجور مطلوباً فإن كان الحق الذي يطالب به غير ثابت ولا مرجو الثبوت فلا يجوز الصلح بحال، وإن كان الحق ثابتاً جاز الصلح بمثله فأقل، وإن كان يخشى ثبوته فقولان متكافئان. وفي المعيار سئل ابن الفخار عن صلح الوصي عن الإيتاء في يمين القضاء؟ فأجاب: لا يجوز حتى يرى أنه يحلف، وإلاَّ لم يجز وتعرف عزيمته بقرائن الأحوال. (ولا يجوز نقض صلح) عن إنكار (أبرما) على الوجه الجائز ثم أراد أحدهما نقضه بل (وإن تراضيا) على نقضه معاً (وجبراً ألزما) كل منهما ولا يجوز الرجوع للخصومة، ولهذا استحق المصالح به رجع آخذه بقيمته فإن كان عن إقرار لم يمنع نقضه إذا تراضيا كالإقالة ويستثنى من عدم نقضه في الإنكار ما أشار له بقوله: (وينقض الواقع في الإنكار إن عاد منكر إلى الإقرار) فلو قال: إلا إذا وقع في الإنكار وعاد الخ. والمعنى أن من ادعى على آخر بحق وأنكره فيه فصالحه على بعضه ثم أقر بما قاله المدعي فله نقض الصلح والرجوع إلى تمام حقه. قال عيسى: ويلزم المنكر غرم ما نفى من حق المدعي (خ): ولا يحل لظالم، فلو أقر بعده أو لم يقر وشهدت للمدعي بينة لم يعلمها أو علم بها وهي غائبة

غيبة بعيدة وأشهد وأعلن عند الحاكم أنه يقوم بها أو وجد وثيقة بعده أي بعد الصلح يعني: وقد كان أيضاً أشهد وأعلن أنه يقوم بها إن وجدها فله نقضه في هذه الصور الأربع اتفاقاً في بعضها، وعلى المشهور في بعض كمن لم يعلن ببينته الغائبة واكتفى بالإشهاد سراً أنه يقوم بها والمطلوب منكر أو يقر سراً فقط على الأحسن في هاتين الصورتين لا إن علم ببينته و لم يشهد أو ادعى ضياع الصك فقيل له: حقك ثابت فأت به فصالح ثم وجده، فهذه ثمان صور وقيد في المفيد مسألة البينة الغائبة بما إذا كانت غيبتها بعيدة، وإلاَّ فلا رجوع له ومسألة الإشهاد سراً هي المسماة بالاسترعاء. وحقيقته أن يشهد الإنسان سراً أن ما يوقعه مع خصمه من صلح أو بيع أو غيرهما غير ملتزم له، وإنما يفعله لضرورة الكراهة لخوفه على نفسه أو لفقد بينته أو يستجلب إقرار خصمه، فإن أشهد مع ذلك أنه ملتزم لإسقاط هذا الاسترعاء فهو الاسترعاء في الاسترعاء، وإنما ينفع الاسترعاء مع ثبوت الإنكار أو التقية وخوف المشهد إلا في التبرعات فيقع مطلقاً على المشهور، والله أعلم.

والتركات ما تكون

أي كيفما كانت عيناً أو عرضاً أو طعاماً أو مختلفة (الصلح مع علم مقدار لها يصح) فإن جهل مقدارها لم يجز الصلح للغرر، وهذا معلوم من قوله: وهو كمثل البيع فإن سقط من العقد معرفة القدر وادعى أحد المتعاقدين الجهل به في الصلح أو غيره لم يصدق ولا يمين له على الآخر إلا أن يدعي عليه معرفته بجهله فيحلف فإن نكل حلف المدعي وفسخ العقد عن نفسه.

ولا يجوز الصلح باقتسام ما في ذمة

أي ذمم، فالمراد الجنس بقرينة الجمع في قوله: (وإن أقر الغرما)ء والمعنى أنه إذا كان في التركة ديون على أناس لم يجز للورثة اقتسامها على أن يخرج كل واحد منهم مع مدين، وإن حضر للغرماء كلهم وأقروا، بل تبقى الديون بينهم وما اقتضوا منها اقتسموه، ومن صالح منهم عن بعض حقه فللآخر الدخول معه إلا أن يسلموا له، وأما اقتسام ذمة واحدة فجائز كأن يكون في ذمة رجل عين وعرض فيخرج أحد الورثة بالعين والآخر بالعرض. وهذه المسألة واللتان بعدها ليست من باب الصلح، وإنما هي من باب القسمة وهناك ذكرها غير واحد.

و

لا يجوز الصلح باقتسام (الزرع) في الفدان أو في الأندر (قبل ذروه و) لا باقتسام (الثمر ما دام مبقى في رؤوس الشجر) بل حتى يصفى الزرع ويجنى الثمر ويقسم بمعياره من كيل أو غيره، فإن اقتسم الورثة جهلاً لم يجز وكان ذلك على الشركة، وما أصابه من جائحة فعلى جميعهم قاله المتيطي، وقال أيضاً: ولا يجوز أن ينعقد الصلح مع الزوجة عن الكالىء ولا الميراث صفقة واحدة بدراهم أو دنانير من عند الورثة كما قال الناظم: (ولا بإعطاء من الوارث، للعين في الكالىء والميراث) لما يدخله من الجهل، ولعله يباع فيما صولحت به ثلث العقار أو ربعه أو سدسه أو من العبيد أو الإماء أو غيرها ما يذهب بأكثر المال فلا يدرك المصالح عنه وهو الباقي، بل ينبغي أن يباع من التركة بقدر الدين ويؤدي ويعرف ما بقي ثم يقع الصلح على نصيبها منه وهذا كله إذا كان المصالح به أكثر من صداقها، فإن كان قدره أو أقل جاز صلحهم لها قاله أبو الحسن مقيداً به المنع المذكور وهو قيد لا به منه.,

وحيث لا عين

في التركة (ولا دين) على المالك لغير الزوجة (ولا كالىء) وهو دين لكنه لها (ساغ ما من إرث بذلا) أي ساغ الصلح بما أعطى للزوجة عن إرثها ولا بد من اتقاء الموانع التي تقدم التنبيه عليها فالرمي به إجمالاً غير لائق.

وإن يفت ما الصلح فيه يطلب

أي المصالح عنه يعني أن من ادعى على أحد أنه غصبه ثوباً أو عبداً مثلاً وفات ذلك عند المدعى عليه بموت أو تلف وأراد أن يصالحه بطعام أو حيوان أو عرض آخر (لم يجز) الصلح (إلا مع قبض يجب) في ذلك المصالح به ناجزاً لأنه لما فات المغصوب وجبت القيمة ديناً على الغاصب فأخذ شيء عنها إلى أجل فسخ دين في دين، ولذا لو صالحه بدراهم مثل القيمة أو أقل إلى أجل جاز، وقد أفصح (خ) عن المسألة واستوفى المقصود منها إذ قال: وإن صالح بمؤخر عن مستهلك لم يجز إلا بدراهم كقيمته فأقل أو ذهب كذلك وهو مما يباع به، ومفهوم إن لم يفت أن المصالح عنه إذا كان قائماً جاز الصلح بالتأخير (وجائز تحلل فيما ادعى) به (و) الحال أنه (لم تقم بينة للمدعي) فوجبت له اليمين على المطلوب، فأراد أن يتحلل منها ويفتدي بشيء يدفعه عن يمينه فإن ذلك جائز، ولو تيقن براءة ذمته من غير شك ولا احتمال. ابن ناجي: وهذا هو المعروف خلافاً لمن قال يجب أن يحلف ولا يجوز له أن يصالح بشيء وإلاَّ أثم من أربعة أوجه لأنه أذل نفسه وأضاع ماله وأطعم المدعي حراماً وجرأه على الغير ورد نقلاً بمصالحة عثمان رضي الله عنه. ومعنى بأنه أعز نفسه وادخر ماله لوقايته به عرضه وأثم الظالم في أكله وجرأه على نفسه انتهى باختصار. وما حملنا عليه كلام الناظم هو أظهر من حمله على ما في المدونة من قولها: وإن صالح رجل رجلاً في حق ادعاه في داره و لم يسمه فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً جاز، وإن جهله أحدهما لم يجز اه. لأن الناظم لم يقيد بجهلهما أو علمهما، ومسألة المدونة مقيدة به وقيد بعدم قيام البينة ومسألة المدونة مطلقة.

والصلح في الكالىء حيث حلا

بعد أن كان مؤجلاً (بالصرف في العين) أي بما يصير صرفاً عما في الذمة من عين كأن يكون في ذمته دراهم حلت فصالحها عنها بذهب أو العكس (لزوج) لا مفهوم له إذا أريد بالكالىء الدين المؤجل طعاماً أو غيره (حلا) ذلك الصرف إذ لا مقتضى لمنعه حيث كان في الذمة حالاً والمدفوع عنه بالحضرة فحل الأول مقابل أحل، والثاني مقابل حرم وبينهما جناس تام، والله أعلم.

باب النكاح وما يتعلق به

النكاح في اللغة قال في القاموس: الوطء والعقد له نكح كضرب ومنع وشرعاً قال ابن عرفة: عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها أي حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر اه. والعقد لغة الربط وعبر عنه لأنه يفتقر إلى إيجاب وقبول و لم يقل عقد معاوضة كما قال في البيع لأن المعاوضة هنا غير مقصودة، والمقصود المعاشرة. ولذا يقولون النكاح مبني على المكارمة وخرج بقوله: على متعة التلذذ العقد على المنافع وهو الإجارة والكراء، والعقد على الرقاب وهو البيع، ولو قال عقد على التلذذ الخ. لكفاه فيما يظهر وقوله: بآدمية بيان، وقيل احترز به من الجنية وقوله: غير موجب هو بالنصب حال من التلذذ أي حال كون التلذذ بتلك الآدمية غير موجب قيمتها أخرج به الأمة المحللة فإن التلذذ بها يوجب على المتلذذ قيمتها مع أن تحليلها يصدق عليه عقد على التلذذ

بآدمية، وقوله: ببينة قبله حال من التلذذ أخرج به بعض صور الزنا لا من عقد خلافاً لابن عاشر. وقوله: غير عالم بالرفع صفة لعقد أو بالنصب حال من المتعة أي حال كون المعقود عليها غير عالم عاقدها حرمتها فإن كان يعلم حرمتها فزنا وهو زنا مطلقاً، سواء كان تحريمها بالكتاب كالأخت أو بالإجماع كبنت الأخ من الرضاع، أو إنما يكون زنا إذا كان تحريمها بالكتاب لا بغيره قولان. المشهور الثاني، وهذا معنى قوله: إن حرمها الكتاب على المشهور الخ. ولذا قيل صوابه أو الكتاب أو الإجماع على الآخر هذا هو الصواب.

وباعتبار الناكح

يختلف (النكاح) أي حكمه (واجب) على من قدر عليه وخاف الزنا بتركه (أو مندوب) لمن رجا النسل و لم يخف الزنا بتركه رغب فيه أو لا. (أو مباح) لمن يرجو النسل و لم يقطعه عن عبادة فإن قطعه عنها كره وكل من غير الواجب مقيد بما إذا لم يوقع في ممنوع من إضرار بالزوجة وإلاّ حرم فتعرض له الأحكام الخمسة كما للخمي، والأصل فيه الندب لمن تاقت نفسه إليه، وفي الصحيح: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج». ويستحب نكاح البكر وأن يخطبها يوم الجمعة وأن يعقد في شوال وأن يبني به، وأن يخالف الجهال في تركهم فعل ذلك في المحرم، بل يقصد العقد والدخول فيه تمسكاً بما عظم الله ورسوله من حرمته قاله في المفهم.

والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي

هذه الخمسة (جملة) هذه (الأركان) أي أركان النكاح بمعنى العقد وسماها أركاناً تبعاً لابن شاس وابن الحاجب، لتوقف العقد عليها إذ لا بد فيه من عاقدين وهما الزوج والولي، ومعقود عليهما وهما الزوجة والصداق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً كما في التفويض وصيغة. وقال الحطاب: والظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد فتأمله، وجوابه أن الفقهاء يتسامحون في مثل هذا فيسمون ما يتوقف عليه الشيء أركاناً مرة ويسمونه شروطاً أخرى.

وفي الدخول الحتم

أي الواجب (في الإشهاد) أي يكون عند الدخول (وهو) أي الإشهاد (مكمل) له محصل الكمال إذا وقع (في الانعقاد) يعني أن الإشهاد ليس بركن من أركان النكاح لوجود العقد وتحققه بدونه ولا هو شرط في صحة العقد، وإنما هو شرط في الدخول والكمال أن يقدم حين العقد فإن دخل بغير إشهاد فسخ بطلقة ولا حدّ إن فشا ولو علما بوجوبه، فإن لم يكن فشو حداً ولو جهلا وجوب الإشهاد. قال في الواضحة: قال مالك: ومن نكح و لم يشهد لم يضره لكن لا يبني

حتى يشهد اه. قال الشارح: وشدد المتأخرون في هذا الشرط حتى كأنه عندهم ركن وخلو بعض الأنكحة عنه مع وجود الشهرة مما تعم به البلوى، وفي كلام المتقدمين أن القصد في النكاح إنما هو الشهرة وفي الجواهر و لم تكن أنكحة السلف بإشهاد، وفي جواب لابن لب ما نصه: ذكر أهل المذهب أن الإشادة بالنكاح وشهرته مع علم الزوج والولي تكفي وإن لم يحصل إشهاد وهكذا كانت أنكحة كثير من السلف وهو مروي عن ابن القاسم اه. وهذا ميل منه إلى ثبوت النكاح ولزوم حكمه في المسألة الأمليسية وهي ما جرت به العادة من أن الرجل يوجه من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده فيجاب من أهلها بالقبول ويتواعدون للعقد ليلة البناء، ثم يبعث للمرأة حناء وحوائج في المواسم ويولول النساء عند الخطبة، ويسمع الناس والجيران أن فلاناً تزوج فلانة ويزيد أهل فاس أنهم يقرؤون الفاتحة في المسجد ثم يطرأ موت أو نزاع. سئل عنها أبو سالم سيدي إبراهيم الجلالي فأجاب بما حاصله: إن كانت العادة المذكورة جارية مجرى العقد في كل ما يترتب عليه والإشهاد ليلة البناء إنما هو لتحصين قدر المهر وأجله، وتحقيق ما قبض منه وما بقي في الذمة فلا إشكال أن النكاح لازم لهما، وإن كانت العادة المذكورة إنما هي توطئة للعقدة الشرعية التي تقع ليلة البناء، وأنه لا إلزام بينهم لما يقع، وإنما ذاك أمارات على ميل كل لصاحبه فلا إشكال في عدم ترتب الأحكام عليها وإن جهل الحال بحيث لو سئلوا هل أرادوا الوعد أو الانبرام لم يحرروا شيئاً فهذا محل الإشكال واختلاف الفتاوى والأقوال، فأفتى الشريف المزدغي في يتيمة عقد عليها أخوها بغير وكالة غير أن الناس حضروا وأكلوا الطعام وقامت الولاول، و لم يسمع منها إنكار ولا قبول إلا بعد سنتين قالت: لم أوافق وقد كان يبعث بالحناء والصابون والفاكهة في الحاجوز والأعياد. فأجاب: إن صبغت بتلك الحناء وأكلت من الفاكهة وسكتت تلك المدة وقد سمعت وعلمت فالنكاح لازم، وكذا أفتى جماعة بلزوم النكاح، وأفتى البقيني وغيره بعدم اللزوم اه باختصار. وسئل عنها أبو العباس المقري وفي السؤال أن الزوج فعل عادة أهله من تحنية يديه وبعث كبشاً بالعيد وكان عازماً على البناء فاخترمته المنية، فأجاب أن النازلة اختلفت فيها آراء الأئمة فالذي أفتى به الشريف المزدغي أن هذا النكاح صحيح وأحكامه ثابتة والذي أفتى به الشيخ البقيني لا بد من الإشهاد ولا يكفي عنه الهدية والحناء والتهنئة قائلاً: إنه الذي أفتى به الأشياخ وإن استشكله الإمام ابن فتوح قائلاً: إن مثل ذلك يكفي قال: والظاهر ما أفتى به الشريف من لزوم النكاح وترتب أحكامه، وهو الموافق لمسألة وإن طال كثيراً لزم اه.

قلت: مسألة الشريف وقع فيها العقد بالفعل من أخ الزوجة فتكون من باب المفتات عليها، فلذا قال فيها بالصحة لوجود ما يدل على الرضا و(خ) كغيره وصح إن قرب رضاها بالبلد الخ. ومسألة البقيني ليس فيها تصريح بالعقد، فلذا أفتى فيها بعدم الصحة وإن كان هو علل بعدم الإشهاد فقد علل غيره بعقد الصيغة وهو الصواب في التعليل، لأن الإشهاد ليس بركن كما تقدم. والحاصل إن كان مع ما يقع من الإشاعة والأطعمة عقد ولو ممن ناب عن الزوج والزوجة ووليهما بغير توكيل و لم يشك في عملهما ورضاهما بذلك، فالظاهر اللزوم كما قاله الشريف وإن لم يكن إلا مجرد الهدايا والإرسال والخطبة، والواقع من أهل الزوجة إنما هو قبول ذلك والسكوت أو الوعد فلا لزوم والله أعلم.

فالصيغة

التي هي أحد الأركان (النطق بما) هو (كأنكحا من) كل لفظ (مقتض تأبدا) في ملك العصمة حال كونه (مستوضحا) أي واضح الدلالة على ذلك كأنكحت وزوجت، ولا خلاف في انعقاده بهما وكبعت وملكت ووهبت وتصدقت على ما مشى عليه الناظم وهو لمالك وابن القصار وعبد الوهاب ينعقد بكل لفظ دال على التمليك كالبيع. ابن عرفة: صيغته ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح، وفي قصره عليهما نقلاً. الباجي: عن ابن دينار مع المغيرة ومالك اه. وقال المقري في كلياته: كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه لا صيغة مخصوصة ويختلف في المحتمل إذا وقع النكول. قال الشارح: لم تزل الفتيا من شيخنا ابن سراج بعدم التوارث إذا مات أحد الزوجين في مثل الأمليسية ويعتل بفوات الصيغة و لم يزل الأشياخ يبحثون معه وهو على فتياه، وإذا روجع قول المقري وقول عبد الوهاب ظهر أن تلك الأنكحة غير خالية عن الصيغة بوجه اه.

وربع دينار أقل المصدق

ويفسد النكاح إن نقص عنه وأتمه إن دخل وإلا بأن لم يتمه فسخ، وهذا هو المشهور. قال ابن وهب وغيره: يجوز بالدرهم وبالشيء اليسير. وقال أهل العراق: لا يجوز بأقل من عشرة دراهم كالقطع عندهم صح من المقدمات. (وليس للأكثر حد ما ارتقى) أي ليس لأكثر الصداق حد محدود لا يرتقى عليه ولا يتجاوز **لقوله تعالى: وآتيتم إحداهن قنطاراً}** (النساء:20) ابن رشد: والقنطار ألف دينار ومائتا دينار إلا أن المياسرة فيه أحب لأهل العلم اه. فما نافية. فائدة: قال في المقدمات: كانت صدقات أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وبناته على علو قدره وقدرهن اثنتي عشرة أوقية ونشاً والأوقية أربعون درهماً والنش عشرون درهماً فذلك خمسمائة درهم (أو ما به قوم) أي أو عرض قوم بربع دينار يعني أو بثلاثة دراهم، وقيل: لا يعتبر التقويم إلا بها.

أو دراهم ثلاثة

شرعية (فهي) أي الثلاثة دراهم (له) أي لربع دينار (تقاوم) أي تقابل وتماثل فهو تتميم (وقدرها) أي الثلاثة دراهم شرعية (بالدرهم السبعيني) نسبة إلى سبعين أحد العقود أي الدرهم الذي سبعون منه في الأوقية وهي دراهم الأندلس في زمانه. قال ابن جزي في قوانينه: إن الدراهم كانت بالأندلس سبعين في الأوقية ثم ردت ثمانين في الأوقية، وفي المواق ما نصه: وكذا اتفق في زمننا حيث كانت الدراهم ضرب سبعين في الأوقية، فلما ردت ثمانين في الأوقية بقي السعر على ما كان عليه، وبقيت تجري مجرى السبعينية اه. المراد منه (نحو من العشرين في التبيين) قال الشارح عن بعضهم: يتحصل أن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا ستة دراهم وثلاثة أعشار الدرهم اه. ولا شك أنك إذا ضربت ثلاثة في ستة وثلاثة أعشار كان الخارج ثمانية عشر وتسعة أعشار، ولذا قال الناظم: نحو وقد يكون فيها مع ذلك غش أو نقص فلذا قال:

(وينبغي في ذاك) الصداق الذي هو من دراهم الوقت (الاحتياط ب) زيادة (خمسة) تصير خمسة وعشرين (بقدرها تناط) الثلاثة الشرعية أي تعلق وتوازى.

قلت: وقدرها بالدرهم الفاسي عشرة بالموازن المرضي لأن الدرهم الشرعي فيه من دراهمنا الإسماعيلية ثلاثة وثلث، وانظر قول الشارح عن بعضهم يتحصل الخ. فإنه غير ظاهر، بل المتحصل من قوله السبعيني، وإن معناه سبعون منه في الأوقية. وقد تقدم أن الدرهم الشرعي أربعون منه في الأوقية أن يكون الدرهم الشرعي من دراهمهم درهمين إلا ربعاً وإن قدر الثلاثة منها خمسة وربع لا غير والله أعلم.

ومنه

أي من النكاح نكاح تسمية وهو (ما سمي) فيه الصداق في العقد كما يسمى الثمن في البيع إلا أنه يجوز فيه من المكارمة وخفيف الغرر ما لا يجوز في البيع (خ) الصداق كالثمن ثم قال: وجاز بشورة أو عدد من كإبل أو رقيق أو صداق مثل ولها الوسط حالاً. (أو ما فوضا فيه) أي ومنه نكاح تفويض وهو ما عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد وخرج بالقيد الأخير نكاح التحكيم. قال الرصاع: ويرد عليه إذا جرت العادة والعرف بمهر و لم تقع تسمية، فيلزم أن يكون ذلك من التفويض ونقل ذلك عن اللخمي وعن المازري أي: حكمه حكم التسمية اه. فهما قولان جرى ابن عرفة وغيره على ما للخمي فيظهر منه أنه المعتمد، وحينئذ فلا يقال: ويرد عليه وإذا انعقد النكاح على التفويض ثم ذكر لها قدراً فإن كان صداق مثلها أو أكثر لزمها، وإن كان أقل لم يلزمها وله حينئذ أن يفارق ولا شيء عليه، فإن لم يفرض لها حتى دخل لزمه صداق المثل ولها منع نفسها من الدخول حتى يفرض، ويحتملهما قوله.

وحتماً للدخول فرضا

أي وفرض حتماً لوقوع الدخول أو لإرادته وامتنعت حتى يفرض لها لا إن رضيت، وفي المقرب قال مالك: ليس له أن يبني حتى يفرض لها صداق مثلها إلا أن ترضى منه بدون ذلك، فإن لم ترض منه إلا بصداق مثلها لزمه ذلك إن أراد إمساكها اه. وظاهر كلام الناظم وكلام المقرب: أنه لا يجوز الدخول قبل الفرض، ولو رضيت المرأة ومكنت من نفسها ومثله قول المدونة: وليس للزوج البناء حتى يفرض وقريب منه في الرسالة، لكن نص أبو الحسن على أن ذلك على الاستحباب لقول ابن حبيب وغيره: لا ينبغي أن يبني بالمفوضة ولا يخلو بها حتى يقدم ربع دينار فأكثر اه. قاله في التوضيح. قال: والجواز هو الذي يفهم من قول ابن شاس وابن الحاجب، وللمرأة طلب التقدير قبل الدخول فإن وقع الرضا وإلا فسخ اه. وقال ابن عبد السلام: وإنما فعل لها ذلك في المدونة إذا أراد البناء ورده في التوضيح. والحاصل: إن أراد الدخول ومكنته جاز خلافاً لظاهر المدونة وغيرها إلا أنه يكره دون أن يقدم ربع دينار، وإن أراده وأبت حتى يفرض لها أجيبت ولزمه ذلك، وإن لم يرده وطلبت الفرض أجيبت أيضاً كما لابن شاس وابن الحاجب خلافاً لابن عبد السلام (خ) ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد وأخت شقيقة أو لأب.

وكل ما يصح ملكاً يمهر إلا إذا ما كان فيه غرر

كثير كعبد آبق وبعير شارد وثمرة لم يبد صلاحها، فما لا يجوز بيعه لا يجوز كونه صداقاً، وربما أشعر هذا بأن ما شاركه في كونه لا يباع لا يكون صداقاً وإن صح ملكه و لم يكن فيه غرر كضحية وأم ولد وزيت نجس، فلو قال: وكل ما يصح بيعاً. وعبارة ابن زرقون لا يكون صداقاً إلا ما يجوز ملكه أو بيعه. (والمهر والصداق) اسمان مسماهما شيء واحد وهو (ما قد أصدقا) أي بذل ودفع للزوجة صداقاً. قال ابن سلمون: وقد يسمون المكتوب فيه شهادة النكاح صداقاً على جهة التجوز وهو معنى قوله: (وفي الكتاب بالمجاز أُطلقا) وإنما حقه أن يسمي كتاب الصداق أو النكاح.

ويكره

أن يعقد (النكاح ب)الصداق (المؤجل) كله بدليل قوله (إلا إذا ما كان مع معجل) أي دخلا على أن بعضه معجل وبعضه مؤجل، وهذا قول ابن القاسم وكرهه مالك أيضاً وقال: إنما الصداق فيما مضى ناجز كله (خ) وكراهته كالمغالاة فيه والأجل فشمل الكل والبعض وفي القوانين لابن جزي، ويستحب الجمع بين النقد والكالىء، ويقدم ربع دينار قبل الدخول ومنع قوم الكالىء وأجازه الأوزاعي لموت أو فراق اه.

قلت: وكان هذا الاستحباب هو الأصل في تمالىء الناس عليه. (وأمد الكوالىء المعينة) أي الجائز من أمرها وتأجيلها (ستة أشهر لعشرين سنة) وذلك (بحسب المهور في المقدار) قلة وكثرة (و) بحسب (نسبة الأزواج) قال ابن لبابة: إن كان الزوجان صغيرين أجل الكالىء لعشرين سنة ونحوها (والأقدار) للأزواج وانظر ما عينه مبدأ التأجيل بقوله: ستة أشهر فلم أر ما يشهد له إلا ما ذكره ابنه عن المتيطية عن سحنون أن مالكاً كره أجل الكالىء بعيداً جداً وقريباً جداً، وأجاز المتوسط لكنه لم يصرح بأن ما دون الستة هو القريب جداً فكأنه حمله على ذلك، وأما قوله لعشرين سنة فهو ما اتفق عليه ابن القاسم وابن وهب، وأنه يفسخ فيما زاد عليها ثم أقام ابن وهب على رأيه، ورجح ابن القاسم فقال: لا أفسخه في العشرين ولا إلى الثلاثين ولا إلى الأربعين، وأفسخه فيما فوق ذلك ولأصبغ: يفسخ في العشرين، وحكى ابن رشد في سماع أصبغ من جامع البيوع اتفاق المذهب على فسخ النكاح لأجل بعيد، وذكر في حده أربعة أقوال: ما فوق العشرين ما فوق الأربعين لا يفسخ إلا في الخمسين والستين لا يفسخ إلا في السبعين والثمانين اه. وعلى ثالثها حمل المحققون قول (خ) أو زاد على خمسين سنة.

فصل

في

تعيين (الأولياء) وترتيبهم (وما يترتب على الولاية) كتوكيل المالكة والوصية والمعتقة وأن المرأة لا تعقد نكاح امرأة لأن الولي متى أطلق، فالمراد به ولي المرأة. ابن عرفة: الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام فالأخوة للأم لغو. وروي على أن زوج أخ لأم مضى اه. وقوله: أبوة يشمل الجد للأم، وليس بمراد. وقوله: أو إيصاء يريد من الأب ووصيه وشمل قوله: أو كفالة الكافلة وفيها قولان. وقال ابن زرب: لا مدخل للنساء في النكاح بالكفالة، واعتمده الزرقاني وغيره فقالوا: لا ولاية لها على المذهب.

وعاقد

مبتدأ سوغ الابتداء به جريه على موصوف أي وولي عاقد (يكون) خبره أي شرط الولي الذي يصح عقده ويستحق أن يتولاه أن يكون (حراً ذكراً مكلفاً) أي عاقلاً بالغاً. فهذه أربعة شروط ولا بد من شرطين آخرين أن يكون مسلماً حيث عقد على مسلمة، وأن يكون غير محرم وأما كونه عدلاً رشيداً فشرط كمال قال في التوضيح: وللولي ثمانية شروط. ستة متفق على اشتراطها في صحة الولاية وهي البلوغ والعقل والذكورة والحرية والإسلام، وأن يكون حلالاً. واثنان مختلف فيهما وهما العدالة والرشد اه. ونحوه في المقدمات وهل الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض منها له على ذلك ما عدا الأب. وهو قول ابن القاسم أو هو حق للولي فله العقد عليها من غير تفويضها وهو لابن حبيب قولان.m حكاهما في التوضيح، ومقتضى كون الحق لها أن تفوض لأجنبي مع وجود القريب أو الأبعد، وهذا لا يقوله أحد فلعل معنى الخلاف هل لها مع الولي حق أم لا؟ (والقرب فيه) أي العاقد (اعتبرا) لم أر من ذكر هذا الشرط غير الناظم، وفيه نظر لاقتضائه أن لا يصح عقد الوصي حيث يكون أجنبياً ولا الكافل ولا الحاكم، فإن أراد أن القريب شرط حيث يوجد القريب مع غيره، قلنا: هو مع ما فيه مستغنى عنه بما ذكره من الترتيب في قوله:

والسبق للمالك

فيعقد على أمته ولو كان لها أب أو ابن حي فلا كلام لهما معه (فابن) وإن سفل وإنما يقدم الابن على الأب إذا لم تكن مجبرة له ولا حدد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك، وإلاَّ فالأب مقدم على ابنها وكذا الوصي (فأب) شرعي لا من خلقت من مائه (فالأخ) لغير الأم (فابنه) وإن سفل (فجد النسب) على المشهور وإن علا. وقال المغيرة: الجد قبل الأخ، واحترز بقيد النسب من الجد للأم (فالأقربين) الأعمام وأبنائهم وسائر العصبة (بعد بالترتيب بحسب الدنو في التعصيب) في الميراث فيقدم الأخ الشقيق على الذي للأب (خ) وقدم الشقيق على الأصح والمختار، ابن عرفة في تقديمه روايتان لابن حبيب مع قول ابن القاسم ولها وأجراهما اللخمي في ابنيهما والعمين وابنيهما وبقي على المصنف من الأولياء المولى الأعلى والأسفل على خلاف فيه، ثم الكافل ثم الحاكم، ثم ولاية الإسلام بأن توكل رجلاً من المسلمين فيعقد لها فإن

تعدى على الولي غيره فعقد دونه ففي ذلك تفصيل مقرر في محله. ومنه مسألة أبي سعيد بن لب في صبية زوجها خالها مع عم لها علم بالنكاح، وفهم منه الرضا إلا أنه لم يعقد ولا وكل، وأقام الزوج معها نحو الأربعة أشهر ثم طلقها وأراد ارتجاعها عند قاض، فرأى أن النكاح مفسوخ وردها لصداق مثلها وألغى النكاح. فأجاب: بأن هذا النكاح عقده ولي عام مع وجود خاص ولا اعتبار برضا العم إذا لم يعقد ولم يوكل. ذكر ذلك ابن الحاج في نوازله في نكاح الخال مع حضور الأخ الشقيق ورضاه دون تقديم منه فقال: ليس حضور الأخ عقد النكاح ورضاه بعقد الخال بشيء حضوره كغيبته إذا لم يتول العقد. ولم يقدم، ثم نقل في آخر كلامه عن ابن حبيب: إذا كان الأقرب حاضراً وعلم ولم يغير فإن ذلك يحمل منه على الرضا والتسليم وهو خلاف ما لابن الحاج قال: وإذا كانت الزوجة قد بلغت واستؤمرت ففي المسألة أقوال مضى النكاح بالعقد مضيه بالدخول يفسخ أبداً يخير الولي ما لم يطل وتلد الأولاد يفسخ،

وإن أجازه الولي يصح في الدنية دون غيرها، واختاره اللخمي وغيره وهو المشهور (خ) وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة إن دخل وطال قال: ويترجح المضي في النازلة من ثلاثة أوجه. أن المرأة دنية وأن الخال قيل إنه ولي وأن رضا الأخ وعلمه مما يسقط خياره على القول بأن له الخيار.

وللوصي

حيث وجد معه أولياء كأخ أو عم (العقد قبل الأولياء) أي دونهم وهو قول مالك (وقيل بعدهم) أي هم أحق منه قاله ابن الماجشون. (وما إن رضيا) ما نافية وإن زائدة والألف إطلاق، وظاهر المصنف أن هذا الخلاف في البكر والثيب وهو الصحيح، وفي التوضيح ما حاصله: أنه في البكر مقدم على الولي وفي الثيب هما سواء اه. ويأتيك النقل بخلافه (وبعض) وهو ابن السليم قاضي قرطبة (استحب للوصي أن يسند العقد إلى الولي) فيخرج بذلك من الخلاف وهذا كله في الوصي غير المجبر، وإلاَّ فلا كلام لأحد معه وفي البالغ وإلاَّ لم يزوجها إلا الأب أو من جعل له إجبارها.

ولما كان الوصي قد يكون امرأة، وقدم أن من شرط العاقد أن يكون ذكراً أشار إلى حكمها في ذلك، وإنما توكل مستوفياً للشروط فقال: (والمرأة الوصي) على أنثى ومثلها المالكة لها والمعتقة (ليست تعقد) نكاحاً على تلك الأنثى لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها» الزانية هي التي تنكح نفسها. (إلا بتقديم امرىء يعتمد) في ذلك بأن يكون مكلفاً حراً ذكراً إلى آخر شروط الولي المتقدمة، فإن عقدت بنفسها ولم توكل فسخ النكاح أبداً ولو ولدت الأولاد وأجازه الأولياء أو كان بإذنهم ولها المسمى بالدخول وكذلك العبد قال أصبغ: ولا ميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق لضعف الاختلاف فيه نقله الشارحان عن النوادر، ولعله مقابل فإن الذي في ابن الحاجب والتوضيح والمختصر وشروحه أن فيه الميراث (خ) وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار ونكاح العبد والمرأة وفيه الإرث إلاَّ نكاح المريض، وأقره الحطاب وغيره، ومفهوم قولنا على أنثى أن المرأة الوصي على ذكر تعقد نكاحه وهو كذلك ويأتي في قوله:

والعبد والمرأة مهما وصيا

وعقدا على صبي أمضيا

والعبد

وكل من فيه شائبة رق (والمحجور) صبياً كان أو بالغاً سفيهاً (مهما نكحا بغير إذن) من السيد والولي أباً كان أو وصياً (فانفساخ) لذلك النكاح (وضحا) بان. وظاهره تحتم الفسخ وليس كذلك بل المشهور في العبد أن السيد مخير بين فسخ النكاح وإمضائه، وقال أبو الفرج: القياس الفسخ لأنه نكاح فيه خيار. الباجي: وهو الصحيح عندي وهما على الخلاف في الخيار الحكمي هل هو كالشرط، والمنصوص في المحجور أن لوليه الخيار. قال في التوضيح: وانظر هل يتخرج فيه قول أبي الفرج فيتعين أن معنى قوله فانفساخ وضحاً إن شاء الولي ويكون بطلقة بائنة حتى في حق الصبي لأنه نكاح صحيح قاله الحطاب. فلو أوقع السيد اثنتين لزم العبد واحدة على ما عليه أكثر الرواة، واختاره الجمهور قاله ابن يونس (خ): وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط إن لم يبعه، ثم إن فسخ قبل البناء أو كان صبياً مطلقاً فلا شيء لها، وإن فسخ بعده فلها ربع دينار كما أشار له بقوله: (وربع دينار لها) أي لزوجة العبد أو السفيه (بما استحل منها إن ابتنى) بها (وذا) أي إعطاء ربع دينار من غير زيادة عليه ولا نقص هو قول مالك و(به العمل) ولابن القاسم يجتهد في الزيادة لذات القدر. أصبغ: لما يرى مما لا يبلغه صداق مثلها. ابن المواز: وروى ابن وهب عن مالك في السفيه لا يترك لها شيء لا ربع دينار ولا غيره وإن كان لها قدر. قال ابن حبيب: وهو القياس اه. من الجواهر وعزى ابن عرفة الأخير لابن الماجشون، وجعل ما لابن القاسم وأصبغ قولين و لم ينبه على ذلك الشارحان.

وإن يمت زوج

حر قبل الفسخ فلا إرث وهو معنى قوله: (فالإرث هدر) لتحتم الفسخ إذ لا نفع في إمضائه (والعكس) وهو موت زوجة المحجور (للحاجر فيه النظر) فإن رأى أنه يرث أكثر مما يلزمه من الصداق أمضاه وإلا رده (خ): ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت وتعين لموته (وعاقد على ابنه حال الصغر) أي قبل بلوغه نكاحاً (على شروط) كطلاق من يتزوجها عليها أو عتق من يتسرى (مقتضاة) تلك الشروط (بالنظر) لما رآه من الغبطة في المنكوحة، ومثل عقد الأب عليه عقده هو بذلك على نفسه، وأجازه الولي ثم بلغ الابن وكره تلك الشروط وأراد ردها فإن كان دخل بها قبل بلوغه لم تلزمه خلافاً لابن وهب، وإن دخل بعد البلوغ عالماً لزمته وإليهما أشار بقوله: (إن ابنه بعد البلوغ دخلا، مع علمه يلزمه ما حملا. وحيث لم يبلغ) و لم يبن بل (وإن بنى فما يلزمه شيء) من الشروط. (وهبه علما) غير أن ما بعد المبالغة وهو ما إذا بنى بها لا تلزمه الشروط ولا الطلاق، ويسقط حق الزوجة، وإذا لم يبن لم تلزمه الشروط بمعنى أن له أن يفسخ العقد عن نفسه فتسقط أو يمضيه فتلزمه الشروط، وإذا فسخ فلا شيء عليه كما اختاره ابن رشد، ومرّ عليه الناظم فقال: (والحل للفسخ بلا طلاق، إن رد ذاك وبلا صداق) قال ابن سلمون: وإذا بلغ الابن قبل الدخول فله الخيار في التزام الشروط أو الانحلال من النكاح، فإن دخل قبل البلوغ بطلت الشروط، وكذلك إن بنى بعد البلوغ وقبل أن يوقف عليها و لم يعرفها لم تلزمه وإن بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته، وقيل لا تلزمه ولابن وهب في العتبية: إن الصغير يلزمه ما عقد عليه أبوه من الشروط دخل بها أو لم يدخل لأنه الناظر له، فإن لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ في

ذلك بغير طلاق على الصحيح قاله ابن رشد. واختاره، قال: وكذلك يسقط عن الأب ما التزمه من الصداق كما يسقط عن الزوج، وذكر ابن فتحون أن الفسخ يكون في ذلك بطلقة، وهل يلزم نصف الصداق أو لا؟ في ذلك قولان. اه. والأول لابن القاسم في الكتاب والثاني له في المجالس، وهو ظاهر في أنهما مفرعان على القول بعدم لزوم الشروط كقول (خ) وإن زوج بشروط أو أجيزت وبلغ وكره فله التطليق، وفي نصف الصداق قولان عمل بهما، ونازع في ذلك الشيخ مصطفى قائلاً: بل هما مرتبان من قال بلزومهما يقول بنصف الصداق، ومن لا يلزمهما يقول بسقوطه، وفيه نظر فلو طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شيء من الصداق، وقيل: يلزمه.

فصل فيمن له الإجبار من الأولياء وما يتعلق به

كمنعه من الضرر (ثيوبة النكاح) ولو فاسداً (و) ثيوبة (الملك) فهو بالجر عطف على النكاح أي إن الأمة البالغة الثيب بوطء سيدها إذا عتقت، وكان لها أب حر فإنه لا يجبرها أيضاً فثيوبتهما (معاً للأب الإجبار بها) مبتدأ خبره (قد منعا) وللأب متعلق به، والجملة الكبرى خبر ثيوبة أي ثيوبة النكاح أو الملك تمنع الأب إجبار ابنته البالغ ولا يكون له ذلك فيها (كما) هو (له ذلك) الإجبار (في صغار بناته) أي اللاتي لم يبلغن ثيبات كن أو أبكاراً (و) في (بالغ الأبكار) وفي الثيب بغير نكاح كما سيصرح به، وفي المجنونات (خ) وجبر المجنونة والبكر ولو عانساً إلا لكخصي على الأصح، وللثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام، فمن ثيبت قبل البلوغ وما تأيمت إلا بعده لا جبر عليها ولا دخل لها في الصغيرة (ويستحب) للأب في تزويج ابنته البكر البالغ (إذنها) أي مشاورتها في النكاح ويكون بواسطة من لا تستحي منه فقد تكرهه أو يكون بها عيب يمنعه (والسيد) مبتدأ خبره (بالجبر مطلقاً له تفرد) أي انفرد السيد عن سائر الأولياء بأن له الجبر للذكر وللأنثى صغيرة أو كبيرة بكراً أو ثيباً يريد إلا لإضرار (خ): وجبر المالك أمة وعبداً بلا إضرار أي كتزويجها من أجذم أو أبرص ولا يجبر السيد لهما، وللوصي تزويج رقيق محجوره بالمصلحة كمكاتب لأمته.
ثم أشار إلى أن جبر الأب مقيد بما إذا لم يكن على الثيب ضرر ومعرة فقال: (والأب إن زوجها) أي مجبرته وهي البكر والثيب الصغيرة (من عبد) ونحوه كمجذوم ومبروص تسلخ فلو قال: والأب إن زوج من كعبد لم يسغ له ذلك (فهو متى أجبر ذو تعد) قال في المعين: وليس للأب أن يزوج ابنته من عبد لما يلحقها في ذلك من المعرة. وقال سحنون في السليمانية: إذا أراد الأب أن يزوّج ابنته مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص أو أسود أو من ليس لها بكفء وأبت الابنة ذلك كان للسلطان منعه لأن ذلك ضرر اه. بنقل الشارح وفي الطرر قال: المشاور لا يزوج الرجل ابنته البكر من المجذوم إلا برضاها، ولا يكون ضماتها في ذلك رضا ولا بد لها من الكلام لأنه عيب ثم قال بعد أسطر، وقال سحنون في السليمانية: إن أراد أبوها أن يزوجها من أسود أو أبرص أو أجذم أو مجنون أن السلطان يمنعه من ذلك لأن ذلك ضرر، وقول سحنون في هذا أحسن اه. فلم يقيد ذلك بما إذا أبت الابنة، وفي المفيد قال ابن أبي زمنين: من زوج ابنته البكر غنياً من الرجال لا يطأ أو خصياً أو مجبوباً جاز ذلك عليها علمت بذلك أو لا. إذا كان إنكاحه إياها نظراً لها اه. ولم أر فيه غير هذا، والظاهر أنه ليس بخلاف لأنه لا يكون نظراً لها إلا إذا كانت بحيث لا يتزوجها غيره.

وكالأب الوصي فيما جعلا أب لـه

من جبر بناته أو قوله: زوجها قبل البلوغ وبعده، أو زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد أن تبلغ فذلك لفلان إذا بلغ صداق المثل وليس لها ولا للوصي أن يأبى ذلك إلا بفسق يحدث أو تلصص أو سقم بين لأتزوج أو اتخاذ سراري وإن خلوا أولاً. ولا حجة لها في ذلك. (مسوغ) خبر مقدم (ما فعلا) أي لما فعله الوصي مما جعله له الأب مسوغ له، وتقدم وللوصي العقد قبل الأولياء (وحيثما زوج بكراً غير الأب) من أخ أو عم أو غيرهما كوصي لم يجعل له الإجبار أو جعل له بقيد بلوغها (فمع بلوغ) لها (بعد إثبات السبب) أي فلا تزوج إلا بعد البلوغ وبعد إثبات السبب في تزويج غير الأب لها من أنها لا أب لها أو لها أب مفقود أو أسير أو لا وصي وإن زوجها الوصي أثبت الإيصاء وينسخ رسمه في أعلى الصداق، أو بمضمونه رسم الصداق، أو حيث يكون شهوده هم شهود الإيصاء، وإن كان كافلاً أثبت الكفالة وشمل قوله: غير الأب القاضي وإنما ذكره. بقوله:

وحيثما العقد لقاض ولي فمع كفء بصداق المثل

اهتماماً بشأنه ولا بد في تزويجه من إثبات البلوغ أيضاً كما لا بد في تزويج غيره مما ذكر من الكفاءة وصداق المثل قال في المدونة: ولا يجوز للوصي ولا لسلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوج البكر بأقل من صداق المثل، وفي النوادر: وإذا رفعت امرأة أمرها إلى الحاكم لتنكح كشف عنها، فإن لم يكن ولي زوجها برضاها إن دعت إلى كفء في الحال والمال والقدر، وفي المتيطية إن كانت بكراً فينبغي أن يثبت عنده بالعدول أنها يتيمة بكر بالغ خلو من زوج، وفي غير عدة وأن لا ولي لها وأن الزوج كفء لها وأن الذي بذل لها صداق مثلها اه. زاد الجزولي: وأنها حرة صحيحة غير محرمة ولا محرمة على الزوج اه.

تنبيهان. الأول: لا بد في استفسار شهود الكفاءة كما اختاره العبدوسي وغيره تبعاً للمتيطي لأن الكفاءة تختلف في نظر الناس، فلا تقبل مجملة خلافاً للحطاب.

الثاني: لو زوج القاضي من غير إثبات ما ذكر، فالظاهر أنه لا يفسخ حتى يثبت ما يوجب فسخه، ولم أر في ذلك نصاً قاله الحطاب. قلت: والظاهر أن الكافل أو غيره ممن تقدم عليه كذلك وهو المعتمد فيما إذا باع للوصي دون إثبات الموجبات كما يأتي إن شاء الله تعالى.

و

حيث لم تزوج الثيب أو البكر إلا برضاها لانتفاء الجبر عنها (تأذن الثيب بالإفصاح) والنطق بالرضا ولا يكفي صمتها (والصمت إذن البكر في النكاح) حيث لم يكن لها أب ولا وصي مجبر لقوله صلى الله عليه وسلم: «البكر تستأمر وإذنها صماتها والثيب تعرب عن نفسها». رواه أحمد وابن ماجه وابن أبي شيبة بهذا، وعند مسلم: «الثيب أحق بنفسها والبكر

تستأمر وإذنها سكوتها». وعند الترمذي: «لا تنكح الثيب حتى تستأمر وإذنها ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها الصمت» وكما يكتفي منها بالصمت في الرضا بالزوج كذلك في التفويض للوصي يعقد لها، فإن قالت: جهلت أن الصمت رضا لا تصدق لأنه مشتهر، وقيل: إلا أن تكون معروفة بالبله وقلة المعرفة. بهرام:

ثلاثون لا عذر بجهل يرى بها

وردها من الأعداد تسعاً لتكملا

فأولها بكر تقول لعاقد

جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا

الخ. وندب إعلامها به أي بأن الصمت رضا. قال ابن شاس قال أبو إسحاق: يقال لها ثلاث مرات: إن رضيت فاصمتي وإن كرهت فانطقي. وقال ابن الحاجب مرة، وقيل ثلاث، ويستثنى من ذلك أبكار لا بد من إذنهن بالقول ولا يكفي الصمت ذكرها أهل المذهب، ونظمها ابن غازي في قوله:

سبع من الأبكار بالنطق خليق

من زوجت ذا عاهة أو من رقيق

أو صغرت أو عنست أو أسندت

معرفة العرض لها أو رشدت

أو رفعت لحاكم عضل الولي

أو رضيت ما بالتعدي قد ولي

وأشار الناظم إلى بعضها فقال: (واستنطقت لزائد في العقد، كقبض عرض) أي صداقها وعبارة (خ) أو زوجت بعرض أو لزق وهو معنى قوله: (وكزوج عبد) أي وكتزويجها من عبد.

وثيب بعارض

كمثل شيء ثقيل وقفزة وكثرة ضحك أو تكرر حيض (كالبكر) في بقاء الجبر عليها (و) ثيب (بالحرام) كزنا أو غصب (الخلف فيها يجري) ففي المدونة تجبر كالبكر، ولابن الجلاب الثيب بزنا أو نكاح سواء فلا تجبر. (كواقع) أي كثيب بنكاح صحيح واقع. (قبل البلوغ الوارد) أي من شأنه أن يرد بحيض أو غيره ثم يموت الزوج أو يطلق فترجع للأب قبل بلوغها، والتشبيه في جريان الخلاف. قال في التوضيح: وأما الثيب ففيها ثلاثة أقوال. الجبر وعدمه، وقال ابن القاسم، وأشهب: يجبرها إن كان زوجها قبل ثانياً قبل البلوغ، ولا يجبرها بعده لأنها صات ثيباً وفي (خ): والثيب إن صغرت فإن حصلت الثيوبة بنكاح فاسد ثم فسخ أو طلق الزوج أو مات لم تزوج إلا برضاها كما إذا ثيبت بنكاح صحيح كما قال:

وكالصحيح

خبر مقدم (ما بعقد فاسد) لأنه يدرأ به الحد ويلحق فيه الولد وتلزم فيه العدة كالحلال قال (ح): والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام لا بفاسد (وأن يرشدها) وأطلق يدها على التصرف في مالها يعني الثيب لا البكر (الوصي) عليها بعد دخولها لا قبله إذ ليس له ذلك (خ) وللأب ترشيدها قبل دخولها كالوصي بعده (ما أُبي) منع (فيها ولاية النكاح) بل هي باقية له عليها (كالأب) يرشد ابنته لا ينقطع نظره عليها في الولاية. اللهم إلا أن يكون هناك من الأولياء من يتقدم على الأب بحكم الشرع وهو الابن فيقدم على الوصي أيضاً بخلافه قبل ترشيدها فإنه مقدم على ابنها كما يقدم عليه الأب إذا جدد عليها الحجر في وقت يجوز له ذلك كما تقدم، قال في الطرر: وانظر إذا رشد الولي محجورته هل تسقط بذلك ولايته عنها في النكاح. قال ابن رشد: لا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجبه النظر أنها لا تسقط إلا إذا كانت تسقط به ولاية الأب عنها والأب لو رشدها لم تسقط ولايته عنها، فكذلك هو اه. قال الشارح: العجب من ابن رشد يقول: لا أذكر نص رواية، وقد نقل المتيطي عن سماع أصبغ عن ابن القاسم وأشهب قيل لأشهب: من أولى بنكاح الثيب الوصي أو الولي إن كانت الثيب قد خرجت من الولاية؟ فقال: الوصي وإن كانت كذلك فهو وليها وأولى بنكاحها وهو فيها بمنزلة الأب لو كان حياً وكانت قد خرجت من ولايته. قال أصبغ: صواب حسن وهي جيدة من غرر المسائل، وعن سحنون وابن الماجشون خلافه اه باختصار.

فصل في حكم فاسد النكاح وما يتعلق به من لحاق الولد تارة ونفيه أخرى

وفاسد النكاح مهما وقعا

فلا بد فيه من أحد أمرين: إما الفسخ أو الإمضاء على وجه خاص كما قال: (فالفسخ فيه أو تلاف شرعا) ثم بين محل كل فقال (فما فساده يخص عقده) كالنكاح لأجل وكتزويج الرجل عبده من امرأة على أن العبد صداقها (ففسخه قبل البنا وبعده) ثم إن فسخ قبله فلا شيء عليه، وإن فسخ بعده فعليه المسمى على المختار وتملك المرأة العبد وما كان منه متفقاً عليه فسخ بلا طلاق، ولا يحتاج لحكم لأنه مفسوخ شرعاً وسيقول المصنف:

وفسخ فاسد لا وفاق

بطلقة تعد في الطلاق

ومن يمت قبل وقوع النسخ

في ذا فما لإرثه من نسخ

وفسخ ما الفساد فيه مجمع

عليه من غير طلاق يقع

قال (خ) وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وإنكاح العبد والمرأة والتحريم بعقده ووطئه وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط، وما فسخ بعده فالمسمى يعني إن كان وضح وإلاَّ فصداق المثل وسقط بالفسخ قبله، ومهر المثل ما يرغب به مثله فيها باعتبار دين وجمال وحسب ومال وبلد، ويعتبر ذلك في الفاسد يوم الوطء.

وما

أي والنكاح الذي (فساده من الصداق) كان أصدقها خمراً أو حراً أو عبداً آبقاً و لم يعثر على ذلك حتى دخل (فهو بمهر المثل بعد) أي بعد الدخول (باق) خبر عن قوله فهو (وحيث درء الحد) أي دفعه عن الواطيء موجود (يلحق الولد) بالواطيء (في كل ما من النكاح) متعلق بقوله: (قد فسد) بيان لما.k والجملة صلتها أي في كل ما فسد من النكاح كان متفقاً على فساده كالمحرم، والخامسة غير عالم فيهما أو كان مختلفاً فيه كالمحرم والشغار ومفهومه أنه حيث يحد ولا يدرأ عنه الحد شبهته في الوطء لا يلحق به الولد وهو كذلك قالوا إلا في خمس مسائل من أقرانه، طلق زوجته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج أو وطئها في العدة بغير عقد وهو عالم بحرمة ذلك فإنه يحد. ويلحق به الولد. ومن أقرانه تزوج خامسة محرماً بصهر مؤبد كأم زوجته مطلقاً أو بنت زوجته التي دخل بها، ومن اشترى أمة وأقر أنه يعلم حريتها وأحبلها، ومن اشترى أمة يحرم عليه وطؤها سواء كانت تعتق عليه بالملك كالأخت أو بالحمل كبنت أخ قاله في التوضيح في باب الزنا فتخصيص (م) له بمن تعتق بالملك غير صواب، وإلى المسائل الخمس أشار الزقاق في منهجه بقوله:

ونسب والحد لن يجتمعا

إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

مبتوتة خامسة ومحرم

وأَمتين حرتين فاعلم

اه. ومعنى كونهما حرتين الأولى باعتبار ما في نفس الأمر والثانية باعتبار المآل. وقال الزرقاني في باب الزنا: واعلم أنه يجتمع الحد ولحوق النسب في مسائل منها قوله أو مملوكة تعتق أو يعلم حريتها أو محرمة بصهر مؤبد أو خامسة. وقوله: أو مبتوتة حيث ثبت ذلك بإقراره فيحد لإقراره بالزنا، ويلحق به الولد لاتهامه على أن إقراره لقطع نسبه، وأما إن ثبت ذلك ببينة فيحد ولا يلحق به الولد. قال: ولا يقتصر على هذه الخمس بل ضابطه كل حد يثبت بالإقرار ويسقط برجوعه عنه، فالنسب ثابت وكل حد لا يسقط بالرجوع عنه فالنسب غير ثابت مع الحد اه. وقد عدها الحطاب في آخر الاستلحاق ثمانياً فزاد من استولد أمة ثم أقرَّ أنه غصبها أو طالبه البائع بثمنها فأنكر البيع وقال: إنما كانت عندي وديعة أو اشترى أمتين بالخيار، ثم أقر أنه وطىء إحداهما بعد أن اختار الأخرى فلو زاد الزقاق:

وأمة الخيار والغصب أقبلا

ومدع إيداع من قد أحبلا

ولل

مرأة ال(تي كان بها استمتاع) أي دخل بها في النكاح الفاسد الذي لم يفسخ قبل البناء وبعده (صداقها) كاملاً (ليس له) أي ليس للزوج (امتناع) منه وتقدم تفصيل ذلك وتعاض المتلذذ بها (والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتام) ابن عرفة: نكاح السر باطل، والمشهور أنه ما أقر الشهود حين العقد بكتمه، ولو كان الشهود ملء الجامع. وعبارة التوضيح المشهور مذهب المدونة أن نكاح السر هو المتواصي بكتمه، وإن كانوا مائة شاهد قال: وإنما يفسد على المشهور إذا أوصى بالكتمان قبل. وأما لو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد، فإنه صحيح ويؤمرون بإفشائه اه. (والفسخ يجب) فيه وظاهره: وإن طال وصرح به ابن الحاجب قائلاً على المشهور، وتعقبه في التوضيح بأنه لا يعرف لغيره، والذي في البيان أنه يفسخ إلا أن يطول بعد البناء قال: وهكذا نقل ابن حبيب عن مالك اه. ولذا قال (خ): وفسخ موصي وإن بكتم شهود من امرأة أو منزل أو أيام إن لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود.

والبضع بالبضع

كأن يقول: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي من غير ذكر صداق أصلاً بأن جعلا بضع كل منهما صداق الأخرى (هو الشغار) قال في المقدمات من قولهم بلدة شاغرة أي خالية من أهلها، وقيل من قولهم شغر الكلب برجله إذا رفعه ليبول ويسمى هذا صريح الشغار. (وعقده ليس له قرار) فيفسخ قبل البناء وبعده ولها صداق المثل فإن قال: زوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة فهو وجه الشغار. وحكمه أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها أي: لكل من دخل بها منهما أو من إحداهما الأكثر من المسمى وصداق المثل فإن سمي لأحداهما دون الأخرى فلكل واحدة حكمها ويسمى بالمركب فقوله: ليس له قرار إجمال، (وأجل الكالىء) المؤخر من الصداق (مهما أغفلا) أي ترك التعرض له كأن تزوجها بمائة ستين نقداً وأربعين كالئاً و لم يذكر له أجلاً (قبل البناء الفسخ فيه) مبتدأ وقوله: (اعملا) خبره. وقبل البناء متعلق بالفسخ، ويجوز أن يكون الفسخ بالنصب مفعولاً مقدماً بأعملا مبنياً للفاعل، وفيه متعلق به أو بالفسخ. قال في التوضيح: اختلف إذا لم يؤرخ أجل الكالىء فقال المتيطي: المشهور من مذهب مالك وأصحابه وعليه الأمر والحكم أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل. وقال ابن وهب: لا يفسخ قبل البناء ويعجل المؤخر لموت أو فراق وهو قول الليث، وقال أصبغ: يخير الزوج فإن عجله أو رضيت الزوجة بإسقاطه صح النكاح وإلا فسخ اه.

فرع: فإن مات أحد الزوجين قبل البناء قال المواق: أفتيت بالإرث مراعاة لقول الليث وابن وهب (وما ينافي العقد) من الشروط كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها أو لا نفقة لها أو أمرها بيدها أو لا ميراث بينه وبينها أو شرط لها نفقة معلومة في كل شهر أو نفقة ولدها أو اشترطت نفقة الصغير أو السفيه على الأب أو نفقة العبد على السيد (ليس يجعل شرطاً) أي لا يجوز اشتراطه ويفسخ النكاح إن اشترط شيء من ذلك قبل العقد ويثبت بعده بصداق المثل على المشهور.

(وغيره) أي غير ما ينافي العقد وهو قسمان ما يقتضيه وإن لم يذكر كشرط إن ينفق عليها أو يقسم لها أو يبيت عندها واشتراط مثل هذا وعدم اشتراطه سواء لأنه واجب عليه إصالة وما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه كشرطها أن لا يتزوج

عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها؛ فهذا يكره في العقد ولا يلزم، ويجوز بعده وهو معنى قوله: (بطوع يقبل) (خ): وجاز شرط أن لا يضر بها في عِشرة أو كسوة أو غيرهما بخلاف ألف وإن أخرجها من بلدها أو تزوج عليها فألفان ولا يلزم الشرط وكره. وفي الوثائق المجموعة كره مالك الشروط وقال: لا أرى لأحد أن يكتب شهادته في كتاب فيه شروط، ويلزم النكاح إن بعقد يمين كقوله الداخلة طالق أو أمرها بيدها والطوع فيه أحسن من أن ينعقد بشرط وهي محمولة على الطوع حتى يثبت أنها كانت مشترطة في عقد النكاح. وفي ابن سلمون: والشروط في النكاح محمولة أبداً على الطوع حتى يثبت خلافه قاله ابن العطار وقيل محمولة على الشرط قاله ابن فتحون. قال: وهو الصواب قياساً على البيع اه. وهذا هو الذي به العمل قال في اللامية: وشرط نكاح أن نزاع بطوعه، جرى مطلقاً فأحمل على الشرط وأعدلا.

ويفسد النكاح بالإمتاع في عقدته

أي بأن يشترط الزوج في صلب العقد أن تمتعه الزوجة أو أبوها بسكنى دار أو استغلال أرض أو نحوهما لأن ما يبذل من الصداق بعضه في مقابلة ذلك وهو مجهول لأنه يستغل إلى الموت أو الفراق، ولا يدري متى يكون، وقد يستغرق ذلك الصداق فيبقى البضع عارياً عنه قاله المازري وابن جزي، فإن كان ذلك لمدة معلومة منع أيضاً لأنها إجارة ونكاح فإن طاعت له بشيء من ذلك بعد العقد فلا بأس.

وهو على الطوع اقتفي

أي توبع العمل عليه لجوازه وفقد مانعه.

فصل في مسائل من النكاح

والعبد والمرأة حيث وصيا

أي وكلا على صبي (وعقدا) بأنفسهما من غير توكيل (على صبي) ذكر (أمضيا) عقدهما وجاز ابتداء بخلاف العبد أو المرأة الوصي على يتيمة أنثى فإنه لا يصح أن يعقد عليها كما لا تعقد المرأة على نفسها، ولها أن توكل على ذلك (خ): ووكلت مالكة ووصية وفي الوثائق المجموعة: وللمرأة الوصي عقد نكاح من إلى نظرها من أيتامها وعبيدها الذكران بخلاف إمائها ويتيمتها لا يجوز لها العقد عليهما إلا بتوكيل رجل يعقده لأن اليتامى والعبيد الذكران يجوز لهم العقد على

أنفسهم إذا ملكوا أنفسهم والانحلال في الطلاق مما عقدته عليهم هذه المرأة لهم بخلاف الإناث، فقوله: وللمرأة الخ. نص في الجواز ابتداء، وسكت الناظم عن الكافر لأنه لا يكون وصياً قال في المدونة: ولا تجوز الوصية لذمي أو مسخوط أو من ليس بعدم ويعزل إن أوصى إليه اه. وقول الشارحين: إنه سكت عنه لندوره يوهم صحة وصيته، وليس كذلك، وما في الطرر محمول على ما بعد الوقوع.

والأب

الغني المتسع الحال إذا زوج ابنته (لا يقضي اتساع حاله تجهيزه لابنته من ماله) جبراً عليه، وإنما يلزمه أن يجهزها بما قبضه من صداقها قبل البناء لا بعده ويشتري لها الآكد فالآكد من فراش وغيره على حسب العرف، فإن قال الزوج: إنما بذلت ألفاً ليجهزها أبوها بألف آخر من ماله، وامتنع الأب فإن كان قبل البناء خير الزوج في الرضا بتجهيزها بصداقها فقط أو يفارق ولا شيء عليه، وإن كان بعد البناء حط عنه ما زاده لأجل الجهاز من الصداق قاله العبدوسي، وكما أن البكر لا تجهز بأكثر من صداقها فكذلك الثيب وهو قوله: (وبسوى الصداق ليس يلزم) بضم الياء كيكرم مضارع الزم (تجهز الثيب) مفعول مقدم (من يحكم) فاعل، ولو كان لها مال كثير أو صداق أو نصف صداق قبضته قبل الدخول من غيره أو منه بعد أن أبانها ثم راجعها لم يلزمها التجهيز إلا بما قبضته في المراجعة، كما نقله البرزلي، وأما الكالىء فإن لم يحل ولا قبض إلا بعد البناء لم يلزم التجهيز به، وإن حل وقبض قبل البناء فقولان. قال ابن سلمون عن ابن فتحون: مشهور مذهب مالك لا يلزمها أن تتجهز به اه.

وقال الناظم: (وأشهر القولين أن تجهزا له) وجوباً (بكالىء لها) صفة لكالىء أو متعلق بقوله (قد حوزا) أي حوز لها وقبضته قبل البناء وبعد حلوله ويقضي عليها بقبوله والتجهيز به، فإن لم يحل وجاء به قضى عليها بقبضه إن كان عيناً دون التجهيز به، وإلا لزم سلف جر نفعاً وغير العين لا يلزم قبوله قبل الأجل، ولا يلزم المرأة أن تتجهز به مطلقاً.

(وللوصي ينبغي) يستحب (وللأب تشويرها) أي البكر (بمالها) غير الصداق. وأما من الصداق فمر أنه لازم (والثيب) أي وينبغي للثيب أيضاً أن تشور نفسها بغير الصداق من مالها بكسوة وحلى وما يناسب العرف، والحال لما لها في ذلك من الحظوة عند الأزواج (وزائد في المهر بعد العقد) يعني أن من تزوج امرأة على صداق معلوم ثم طاع بأن زاد لها عدداً سماه لا يخلو حاله من ثلاث: إما أن يدخل بها فيتعين عليه ولو طلق أو مات وهو قوله: (لا يسقط عما زاده إن دخلا) أو يطلقها قبل الدخول فيلزمه شطر ذلك المزيد، وهو قوله: (ونصفه يحق بالطلاق من قبل الابتناء كالصداق) أي كما يجب نصف الصداق إذا طلق قبل البناء أو مات قبل الدخول فلا شيء لها منه وهو قوله: (وموته للمنع منه) مبتدأ واللام متعلقة بالخبر وقوله: (مقتض فإنه كهبة لم تقبض) الفاء للتعليل.

وإن

زوج رجل ابنه أو ذو قدر خديمه أو صاحبه وضمن عنه الصداق في نفس العقد و(أتى الضمان بالمهر على إطلاقه) بأن لم يبين هل هو على الحمل أي اللزوم له في ماله وذمته ولا يرجع به على الزوج أو على الحمالة فيرجع به إذا أداه عنه كسائر أنواع الضمان (فالحمل صح) حال كونه (مجملاً) أي فهو محمول على الحمل لا على الحمالة فلا رجوع له كما إذا صرح بالحمل فإن صرح بالحمالة رجع عليه كما إذا ضمنه بعده فالصور يرجع على الزوج في اثنتين منها (خ): ولا يرجع أحد منهم إلا أن يصرح بالحمالة، أو يكون بعد العقد.

واعلم أن هذا الحمل الذي هو في صلب عقد النكاح يلزم الحامل، ولو مات لا أن يفسخ النكاح أو يطلق قبل البناء، فيلزمه النصف فلو زاد الناظم: ويلزم الحامل إن عاش وإن مات إذا ما كان بالعقد قرن. ومثل أنكح ابنتك من فلان وأنا أحمل الصداق. بع سلعتك منه وأنا أحمل الثمن، فما كان في العقد يلزم ولا يحتاج لحيازة وما كان بعده لا بد فيه من الحيازة ويسقط بالموت قبلها كهبة لم تقبض.

فرع: قال في الالتزامات من قال لابنه: إن تزوجت فلك جاريتي هي له إذا تزوج وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء. وقال ابن القاسم: هي له دون الغرماء إن فلس وإن مات أخذها من رأس المال و لم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار كان أسوة الغرماء في الفلس والموت لأنه ليس شيئاً بعينه. قال ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح قال: ومعنى المسألة أنه وهب له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب اه.

ونحلة

وهي ما يعطيه والد الزوج ابنه في عقد نكاحه أو والد الزوجة ابنته في عقد نكاحها وينعقد النكاح على ذلك (ليس لها افتقار إلى حيازة) فتلزم الناحل وتؤخذ منه ولو مات قبل أن تحاز عنه (و) ه(ذا) القول هو (المختار).

قال ابن سلمون: وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة، وقيل: لا بد فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع اه. وقال المتيطي: هو المشهور وعليه العمل وبه الحكم.

وينفذ المنحول للصغير مع أخيه

الكبير (في) نحل الشيء (المشاع) لهما عند نكاح الكبير منهما (إن موت وقع) للناحل وإن كانت النحلة بالنسبة للصغير إنما هي عطية محضة وسماها نحلة تغليباً أو بالمعنى اللغوي قال: المشاور أحب إلي أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح في بعضه كالحيازة للجميع كمن تصدق على صغير وكبير اه. أي: وحازه الكبير، وكما تبطل الهبة لهما إذا لم يحزها الكبير ولا شفعة في هذه النحلة على المعتمد لأنها كالهبة والصدقة.

فرع: فلو اعترف والد الزوجة أن لها أملاكاً وسماها في عقد صداقها فما اعترف به نافذ للبثت مؤكد لحكم الهبة إن كانت سلفت لها ومسقط لحكم الحيازة فيها لتعلق حكم الزوج بالاعتراف المذكور، وبناء عقده عليه قاله أبو سعيد بن لب. وإذا انعقد النكاح على نحلة ثم وقع فراق بفسخ أو طلاق فإن كان بعد البناء مضت النحلة، وإن كان قبلها مضت في الطلاق واختلف في ردها في الفسخ، وإلى هذا أشار بقوله:

ومع طلاق قبل الابتناء

وأحرى بعده (تثبت) النحلة ولا ترد (والفسخ مع البناء) أي وتثبت في الفسخ أيضاً بعد البناء (والخلف فيها مع وقوع الفسخ في تناكح قبل البناء) فقال ابن العطار: تبطل وتعود للناحل، وقال غيره: لا تبطل كالطلاق (فاعرف) الحكم في ذلك.

فرع: فإن كان الناحل للبنت عند الزواج غير أبيها وطلقت قبل البناء وسكت الأب عن طلب النحلة مدة لم يضر سكوته، و لم تسقط بذلك على المشهور المعمول به من عدم افتقار النحلة للحيازة قاله أبو سعيد. انظر الشارح.

فصل في تداعي الزوجين وما يلحق به

الصواب إسقاطه لأن المراد أحكام التداعي و لم يذكر غير ذلك. واعلم أن تداعي الزوجين واختلافهما إما في أصل الزوجية و لم يتكلم عليه الناظم وإما في قدر المهر وإليه أشار بقوله: (الزوج والزوجة مهما اختلفا في قدر مهر) بأن قالت هي مائة وقال الزوج ثمانون (والنكاح عرفا) أي لا نزاع فيه بينهما (فإن يكن ذلك) الاختلاف (من قبل البنا)ء يريد وقبل الموت والطلاق، ولذا أصلحه ولده بقوله: إن كان ذا قبل الفراق والبناء (فالقول للزوجة قد تعينا مع اليمين) منها (إن تكن لم تحجر) أي إن كانت رشيدة لا حجر عليها (و) إلا ف(عاقد) عليها (لحجرها بها حري) أي حقيق باليمين المذكورة لأنه الذي تولى العقد عليها فإن نكل غرم لها الزائد على ما قاله الزوج بتفريطه بترك الإشهاد عليه (وبعد ذا) أي وبعد حلف الزوجة (يحلف زوج أنكرا) ما ادعته الزوجة من المائة مثلاً (ثم) بعد يمينه (يكون بعدها مخيراً في دفع ما كان عليه القسم) منها وهو المائة (أو الفراق دون شيء يلزم) من الصداق. وما ذكره المصنف من أن تخيير الزوج بعد حلفه هو ما في الواضحة لابن حبيب، ومذهب المدونة أنه يخير إذا حلفت الزوجة بين أن يدفع لها ما قالت: فلا يمين عليه أو يحلف ويفسخ النكاح ولا شيء عليه، ولذا قال الشارح: واعلم أن الشيخ رحمه الله لم ينقح هذه الأبيات الثمانية كل التنقيح، وقد كان إصلاحها سهلاً على ما يظهر مع زيادة بيت واحد، وذكر ما تقدم من قوله:

إن كان ذا قبل الفراق والبنا

قال ثم يقول مكان البيت الرابع:

ثم يكون زوجها مخيرا

في دفعه المهر الذي قد أنكرا

أو اليمين وإذا ما يقسم

كان الفراق دون شيء يلزم

ثم يزيد بيتاً يكون نصه:

أو كان بعد موته أو فرقته

القول قول الزوج دون زوجته

وبهذا لا ينقص شيئاً عما في المدونة (وإن تراضيا) قبل الفسخ (على النكاح) بما قالته هي أو قاله هو (ففي الأصح الرفع للجناح) أي لا جناح ولا إثم في تراضيهما بقول أحدهما بناء على أن النكاح لا ينفسخ بتمام التحالف وهو قول ابن حبيب والقاضيين ابن القصار وعبد الوهاب بن محرز وهو أصوب التوضيح، وبه جرى عمل الأندلسيين ومقابل الأصح لسحنون ينفسخ النكاح بمجرد تمام التحالف كاللعان وعليه فلا يصح تراضيهما إلا بعقد جديد بولي وشهود. (وفي انفساخ حيث يفقد الرضا بطلقة واحدة جرى القضا) أي: وإن لم يتراضيا ولا رجع أحدهما لقول الآخر وانفسخ النكاح فالذي جرى به القضاء في فسخه أنه يفسخ بطلاق فقوله في انفساخ متعلق بجرى، فإن نكل الزوج وحلفت أخذت جميع ما قالته من المائة وهو قوله: (وتأخذ الزوجة مع نكوله) وحلفها (ما يقتضيه الحلف) أي حلفها (في حلوله) ووقوعه وهو المائة فإن نكلت وحلف هو لزمها النكاح بما قال من الثمانين مثلاً ولو شاء أن ينبه عليه لقال:

كما لها هي إذا ما نكلت

من مهرها ما قال دون ما ادعت

فإن نكلا معاً فأشار له بقوله: (والحكم في نكول كل منهما) مبتدأ خبره كائن (بما به بعد اليمين حكما) والذي حكم به بعد اليمين من كل منهما هو الفسخ وهذا أحد قولين، والثاني ما أشار له بقوله: (وقيل بل نكوله) أي الزوج (مصدق لما ادعته زوجة) له من الأكثر (محقق) له خبر بعد خبر. ابن عرفة: وفي كون نكولهما كحلفهما أو يكون القول قول المرأة قولان، والأول أحسن اه. وهذا كله إذا أشبهت دعواهما أو لم يشبه واحد منهما، فإن انفرد واحد منهما بالشبه فهل يكون الحكم كذلك يتحالفان ويتفاسخان أو يقضي لمدعي الأشبه بيمينه؟ قولان لمالك وهو معنى قوله:

وحيثما ادعى

من إحداهما فقط (ما قد ينكر) ومن الآخر ما شبه (تردد الإمام فيه يؤثر) يروى (فقال) مرة (يحلفان والنكاح بينهما الفسخ له يتاح) بالمثناة فوق أي يعطى وفي نسخة بالموحدة تحت (وجعل) مرة (القول لمن جاء بما يشبه وارتضاه بعض العلما) وهو اللخمي قائلاً: وهو أصوب لأن ذلك دليل كالشاهد يحلف معه من قام له ذلك الدليل، وأما أن يكون اختلافهما في النوع كأن يقول بثوب وتقول هي بمائة أو في الوصف، كأن تقول بعبد تركي ويقول هو بعبد زنجي، فالحكم ما تقدم بعينه، وإلى ذلك أشار بقوله: (والنوع والوصف إذا ما اختلفا فيه للاختلاف في القدر اقتفى) أي تبع فتحلف هي ويحلف الزوج لم يفسخ العقد إن لم يرض بما قالته. ابن عرفة: وإن اختلفا في نوعه قبل البناء فللخمي مع ما

تقدم لابن رشد تحالفا وتفاسخا. ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدر المهر أو صفته قبل البناء من غير موت ولا طلاق تحالفا وتفاسخا ويجري الرجوع للأشبه وانفساخ النكاح بتمام التحالف وغيره كالبيع ومثله في (خ) وتقدم ذلك.

ثم أشار إلى مفهوم قوله فإن يكن ذلك من قبل البناء فقال: (والقول قول الزوج فيما عينا من قدره) حيث خالفته فيه وادعت أكثر (مع حلفه بعد البنا)ء متعلق بقوله عينا ابن الحاجب: لأنه فوت وقال المتيطي، قال ابن القاسم: لأنها مكنته من نفسها فصارت مدعية، فالقول له مع يمينه فإن نكل حلفت وكان لها ما حلفت عليه كما قال الناظم: (وتحلف الزوجة إن لم يحلف) الزوج (وتقتضي ما عينت بالحلف) هذا هو المشهور، وقال ابن حبيب: يتحالفان مع بقاء العصمة ويجب صداق المثل، وقيل: إن اختلفا في الصفة فما قال ابن حبيب: وإن اختلفا في القدر فكالمشهور، وأما إن يكون الاختلاف في الجنس، فإن كان قبل البناء حلفا وفسخ ولا ينظر هنا لشبه وإن كان بعد البناء فهو ما أشار إليه بقوله: (وإن هما تخالفا) بعد البناء (في نوع) أي جنس (ما أصدق ما كان) أي: أي شيء كان بأن قالت: دراهم.S وقال: عرضاً (فحلفا ألزما) معاً ونكولهما كحلفهما ويقضي للحالف على الناكل (وفي الأصح يثبت النكاح) ومقابله يفسخ (و) على كليهما (مهر مثلها لها مباح) وهذا ما لم يزد مهر مثلها على دعواها وإلا أعطيت ما ادعت فقط ولم ينقص عن دعواه، وإلا لزمه ما أقرّ به (خ) إلا بعد بناء أو طلاق أو موت فقوله: بيمين ورد للمثل في جنسه ما لم يكن ذلك فوق قيمة ما ادعت أو دون دعواه.

فصل في الاختلاف في القبض

أي في قبض الصداق وهو على وجهين قبل البناء وبعده. (وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للنقد الذي قد وصفا) أي اتفقا على صفته ولا خلاف بينهم فيها (فالقول للزوجة) أو ورثتها إن ماتت أنها لم تقبض وتحلف إن كانت رشيدة أو وليها إن كانت محجورة وهو قوله: (واليمين) عليها (أو الذي) أي على الذي كانت الزوجة (في حجره تكون) هي أي اليمين وهو خبر عن قوله واليمين (والقول قول الزوج) إذا اختلفا (بعد ما بنى ويدعي) بعد البناء (الدفع لها قبل البنا)ء فإن ادعى الدفع بعده كان القول لها بيمينها وهو قوله: (وهو لها فيما ادعى من بعد أن بنى بها) وهذا ما قيد به القاضي عياض قول المدونة: لا قول المدخول بها ولا لورثتها كما قيد أيضاً بما إذا لم يكن الصداق مشهوداً عليه برسم باق بيدها وبما إذا لم يكن العرف تأخيره عن البناء، وإلاَّ فقولها بيمينها (خ): وفي قبض ما حل فقبل البناء قولها، وبعده قوله: بيمين فيهما. عبد الوهاب. إلا أن يكون بكتاب وإسماعيل: بأن لا يتأخر عن البناء عرفاً. وكان الناظم ألم بهذا الثاني في قوله:

والعرف رعيه حسن

وقال ابن شاس: إذا اختلفا في قبض معجل الصداق فإن استقرت عادة صير إليها، وإلا فالقول قولها إلا أن تكون مدخولاً بها فلكل من القضاة الثلاثة قيد. وزاد اللخمي رابعاً: وهو أن لا يكون بيدها رهن فيه وشمل قوله (خ) ما حل

الخ الحال من المهر أصالة وما حل من الكالئ فإن الحكم فيهما واحد، ولذا قال الناظم: (والقول واليمين للذي ابتنى في دفعه الكالئ قبل الابتنا. إن كان) ذلك الكالئ (قد حل وفي الذي يحل بعد بنائه) إذا اختلفا فيه (لها القول جعل. ثم) إن لم يكن دخل بها وحل أجل الكالئ أو بعضه (لها امتناعها) من (أن يدخلا) بها (أو) أي إلى أن (تقبض الحائن) من حان يحين إذا وصل حينه أي الحال (مما أجلا) (خ): ووجب تسليمه إن تعين وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده والسفر إلى تسليم ما حل لا بعد الوطء إلا أن يستحق.

فصل فيما يهديه الزوج ثم يقع الطلاق

لو قال فيما يرسله ثم يقع الفراق لكان صواباً لما علمت من تقسيمه المرسل إلى هدية وغيرها وتقسيمه الفراق إلى طلاق وفسخ إذا قال: (وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلى) بضم الحاء وكسرها وهو الأصل. قال في الصحاح: والحلى حلي المرأة وجمعه حلى مثل ثدي وثدى وهو فعول، وقد تكسر الحاء، وحلية السيف جمعها حلى مثل لحية ولحى وربما ضم اه. استعارها الناظم من السيف للمرأة: (فإن يكن) ما يرسله (هدية) بالنصب خبر يكن أو مفعول ثان لقوله: (سماها) والجملة هي الخبر (فلا يسوغ أخذه إياها) طلقها أو مات عنها (إلا بفسخ) للعقد (قبل أن يبتنيا فإنه) أي الزوج (مستخلص) أي آخذ (ما بقيا) منها بحاله لم يفت دون ما ضاع (وإن يكن) ما يرسله (عارية وأشهدا من قبل) أي من قبل إرساله (سراً فله) استرجاع (ما وجدا) من ذلك طلق أو مات أو فسخ النكاح أو كانت العصمة باقية (ومدع إرسالها) أي الهدية ولو قال إرساله أي الشيء (كي تحتسب من مهرها) وقالت: بل هي تبرع (الحلف عليه) أي الزوج (قد وجب ثم) بعد حلفه (لها الخيار في صرف) أي في رد للعطية (وفي إمساكها) على أنها (من الصداق فاعرف) تتميم (ومدعي الإرسال) يعني إذا أرسل الزوج لزوجته أو أرسلت هي له وادعى المرسل بعد أن ذلك هبة (للثواب شاهده العرف بلا ارتياب) فينظر لحال البلد، فإن كان الزوج يهدي لزوجته ليكافأ على ذلك، فالقول قوله. وإن لم تكن في البلد سيرة بالمكافأة ولا رؤي منه في وقت الهدية ما يدل على إرادتها فلا شيء له. قال في الوثائق المجموعة: وقاله في المدونة: ولا يقضى بين الزوجين بالثواب في الهدية ولا بين والد وولد إلا أن يظهر ابتغاء الثواب.

وشرط كسوة

مبتدأ (من المحظور) خبر (للزوج) متعلق بكسوة أو بشرط (في العقد) متعلق بشرط (على المشهور) متعلق بالمحظور، والمعنى أن اشتراط الزوج على زوجته كسوة في نفس العقد ممنوع على المشهور من المذهب لأنه جمع بين النكاح والبيع وهو ممنوع في قول ابن القاسم، وروايته عن مالك لأن البيع مبني على المكايسة، وتجوز فيه الهبة، والنكاح مبني على المكارمة ولا تجوز فيه الهبة فافترقا، ولأنه لا يدري حينئذ ما ينوب الكسوة مما ينوب البضع من الصداق فيؤدي للجهل، وقد تستغرق الكسوة الصداق فيخلو البضع عن عوض لأن من النساء من ترضى أن تتزوج الرجل على أن تعطيه لرغبتها

فيه لشرفه أو لكثرة يساره أو شبه ذلك فيمنع الجميع سداً للذريعة، فإن وقع فسخ قبل البناء وثبت بعده بصداق المثل فإن طاعت بذلك بعد العقد جاز. قال الشارح: وفي وثائق ابن سلمون تقرير العمل بهذه المسألة وكأنه ارتكب فيها غير المشهور، وربما يكتب بعض الناس بإزاء ذلك طرة بأنها من المسائل المختلفة في ذلك الكتاب يعني بذلك والله أعلم. على المشهور، والأولى أن يقال: إنه اعتمد فيها غير المشهور مما ذكره ابن رشد وغيره في هذه المسألة اه. يشير الشارح لقوله قبل قال ابن رشد: أما النكاح والبيع فاختلف فيه على ثلاثة أقوال: أحدها: قول ابن القاسم وروايته عن مالك لا يجوز الخ، وتقدمت هذه المسألة للناظم في قوله:

ويفسد النكاح بالإمتاع في

عقدته وهو على الطوع اقتفي

فصل في الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء

والأب

والوصي واستظهر المحشي لحوق الأم بالأب. ولو غير وصي لما علم من تكلف نساء أهل فاس. (إن أورد بيت من بنى بنته البكر شوار الابتنا) أي ما اشتراه لها من حلي وغطاء ووطاء وغير ذلك. وساق ذلك كله إلى بيت بنائها (و) كان محوزاً تحت يدها ثم (قام يدعي إعارة لما زاد على نقد إليه) متعلق بقوله (سلما) وجملة سلم صفة لنقد (فالقول قوله بغير بينة) لكن مع يمينه كما هو نص ابن حبيب وسواء عرف له ما يدعيه قبل ذلك أم لا. أقرت له به البنت أم لا. (ما لم يطل) سكوته (بعد البنا فوق السنة) فإن طال سكوته بأن زاد على السنة لم يقبل قوله: كما لا يقبل فيما إذا لم يزد، ما أورده من الشوار على ما سلم إليه من النقد بأن ساواه أو نقص عنه مطلقاً بخلاف مسألة الطول، فإنه يقيد عدم قبول قوله فيها بما إذا لم يشهد كما أشار له بقوله:

وإن يكن بما أعار أشهدا قبل الدخول

يعني أو بعده بالقرب جداً (فله ما وجدا) من العارية دون ما فات منها. ثم أشار إلى مفهوم البكر ومفهوم الأب من أم أو وصي أو غيرهما بقوله:

وفي سوى البكر ومن غير أب قبول قول دون إشهاد أبي

أي منع أي لا يقبل قول غير الأب مطلقاً، ولا قول الأب في دعوى العارية لابنته الثيب إلا بإشهاد وحيث أشهد من ذكر، وقبل قوله أخذ المدعي إن كان قائماً فإن تلف ضمنته الزوجة إن كانت رشيدة عالمة بالعارية، ولم تقم لها بينة على التلف فإن كانت سفيهة مطلقاً أو رشيدة ولم تعلم فلا ضمان عليها وهذا معنى قوله: (ولا ضمان في سوى ما أتلفت مالكة لأمرها العلم اقتفت) يعني ولم تقم لها بينة بالتلف وإلا فلا ضمان أيضاً، وسكت عنه لعلمه من باب العارية.

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وإن متاع البيت فيه اختلفا

أي الزوجان (ولم تقم بينة) لواحد منهما (تقتفَى) تتبع (فالقول قول الزوج مع يمين في ما به يليق كالسكين) والرمح والفرس والكتاب والدواة فيحكم بذلك له إذا حلف عليه. (وما يليق بالنساء كالحلى) بضم الحاء وقد تكسر جمع حلي كما مرّ عن الجوهري. والطست والمنارة التي يجعل عليها السراج والقباب والحجال وهي الستور والبسط (فهو لزوجة إذا ما تأتلي) تحلف قال في المدونة: ويقضى للمرأة بجميع الحلى إلا السيف والمنطقة والخاتم. ابن يونس: أي خاتم الفضة. وأما الذهب فللمرأة. الشارح: ما لم تختمه بها. (وإن يكن) المتنازع فيه (لاق بكل منهما مثل الرقيق) والثياب التي يلبسها الرجال والنساء أحدهما ما أشار إليه بقوله: (حلفا واقتسما) وهو لابن القاسم، والثاني لمالك أنه للزوج مع يمينه، وإليه أشار بقوله: (ومالك بذاك للزوج قضى مع اليمين وبقوله القضا)ء وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين.

وهو

أي القول (لمن يحلف) من الزوج والزوجة (مع نكول صاحبه من غير ما تفصيل) بينهما لأن نكول المدعي كالشاهد عليه فيحلف معه المدعى عليه ويستحق وورثة كل من الزوجين لهما غير أنهما يحلفان على البت والوارث على العلم.
فروع. الأول: إذا طلقها رجعياً وعليها ثياب وطالبته بالكسوة فقال: ما عليك هو لي وقالت: هو لها أو عارية فثالثها القول له بيمينه إن كانت من ثياب البذلة وإلا فقولها بيمينها فإذا حلفت كساها.
الثاني: إذا كساها في غير البذلة ثم فارقها فادعى أنها عارية وأنكرته فقال الداودي: إن كان مثله يعيرها فالقول له مع يمينه، وإلا فقولها وقال غيره القول له مطلقاً.

الثالث: لو كساها وأعطاها نفقة سنة ثم طلقها ردت النفقة كالكسوة إن لم يمض لها ثلاثة أشهر وإلا فلا ترد، ابن الحاجب: وإذا وجد في تركة الزوج ناض فادعته الزوجة، فإن قام دليل مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل، فالقول قولها. ابن مزين: ولا بد من يمينها وإن لم يكن الورثة إلا أولادها إذ ليست من دعوى الولد أي وإنما هي في معنى المنقلبة، والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم.

فصل في إثبات الضرر والقيام به وبعث الحكمين

ويثبت الإضرار

من الزوج لزوجته بأحد أمرين (ب)شهادة (الشهود) عدلان فأكثر يشهدان بالقطع لمجاورتهم أو قرابتهم من الزوجين أو نحو ذلك (أو بسماع شاع في الوجود) أن فلاناً يضر بزوجته فلانة بضرب أو شتم في غير حق أو تجويع أو عدم كلام، أو نحو ذلك مما يقضي العرف أنه ضرر، قال مالك: وليس عندي في ذلك شيء معروف. ابن سلمون: ويثبت الضرر بالشهادة القاطعة وبالسماع المستفيض الفاشي على ألسنة اللفيف من النساء والخدم والجيران اه. ابن القاسم: وفي شهادة الشهود بالقطع على الضرر مغمز أصبغ: لا مغمز فيه ولا داخلة إذا عرفوه معرفة يقين. ابن عرفة: شهادة. (بت): العلم بضرر الزوج عاملة قاله الباجي وغيره عن المذهب. ابن رشد: اتفاقاً وفي سماع أصبغ عن ابن القاسم أنها تجوز على السماع اه. وفي المختصر واعتمد في إعسار بصحبته وقرينة صبر كضرر الزوجين (وإن تكن) الزوجة (قد خالعت) زوجها على مال دفعته إليه وطلقها (وأثبتت) بعد ذلك (إضراره) بها إلى حين خالعته (ففي اختلاع) أي مختلع به وهو ما أعطته من مال (رجعت) قال في المجموعة: لا يضرها ما عقدت على نفسها من أنها فعلت طيبة النفس ولا إسقاط البينات المسترعاة، وثبوت الإكراه أي: الضرر يسقط ذلك عنها اه. وينفذ الطلاق بائناً كما بقوله:

وباليمين

مع شهادة السماع القائمة بها بعد الخلع أو قبله كما في البيت الأول (النص في المدونة) وأما يمينها مع شهادة القطع بعد الخلع أنها ما خالعت إلا لأجل الضرر فليست في المدونة وهي في الوثائق المجموعة كما قاله الشارح، وفي ابن سلمون قال ابن فتحون: فإذا ثبت الضرر حلفت أن خلعها لم يكن إلا للإضرار اه (وقال قوم ما اليمين بينة) أي لا تلزم والخلاف موجود فيهما، والظاهر أن هذا اليمين لا بد منها مع شهادة السماع أيضاً فتحلف فيها يمينين وصرح بذلك ابن سلمون، ونصه: عقب ما مر عنه ويكتب في ذلك عقد حلفت بإذن القاضي فلان فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذي لا اله إلا هو لقد أضرني زوجي فلان المسمى في عقد كذا، وما كان إسقاطي لما أسقطت عنه في رسم الخلع

إلا لإضراره بي وإساءته إلي ثم قال: وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون في كتابه: وهي على مذهب المدونة ونص عليها ابن بطال وابن بشير وهي من قول أصبغ، ولابن القاسم في سماع أصبغ نفي اليمين وعدم وجوبها، وإن كان الضرر يثبت بالسماع اه. فإن نكلت فلا شيء لها. مالك: ومن علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تفتدى. ابن القاسم: فإن قالت: لا أصلي أو لا أصوم أو لا أغتسل من جنابة لم يجبر على فراقها، وإن شاء فارقها وحل له ما افتدت به. ابن رشد: له أن يؤدبها على ترك الصلاة ويمسكها.

تنبيه: فإذا أثبتت الضرر ورجعت في الخلع، وكان الزوج قد أخفى حميلاً بالدرك فهل تسقط الحمالة عن الحميل قال المتيطي: وبه العمل. وفي الشارح عن ابن لب أنه الصحيح، وفي ابن سلمون أنه قول ابن القاسم أو تلزمه ولا يرجع على المرأة بشيء قولان.

كذا إذا عدل

واحد (بالإضرار شهد) لها على القطع وحلفت معه امرأتان عدلتان وحلفت معهما (فالرد للخلع مع الحلف اعتمد لأن ذاك) النزاع (راجع للمال) والمال يثبت بشاهد وامرأتين أو أحدهما مع اليمين (وفرقة) بائنة (تمضي) بين الزوجين المتخالفين (بكل حال) رد المال أم لا (وحيثما الزوجة) وهي في العصمة (تثبت الضرر) بوجه من الوجوه المتقدمة، فإن كانت شرطت عليه في عقد النكاح أن لا يضر بها وأنه إن فعل فأمرها بيدها كان لها أن تأخذ بشرطها بعد الإعذار للزوج، ومن المعلوم أن الإعذار إنما يكون عند الحاكم، لكن لا تتوقف على تطليقه ولا على إذنه لها فيه وإن لم تذكر ذلك (و لم يكن لها به) أي بالضرر أي نفيه (شرط صدر) في العقد الجملة حال (قيل لها الطلاق) ابتداء من أول مرة (كالملتزم) في عقدة النكاح (وقيل) لا تطلق إلا (بعد رفعه للحكم) أي القاضي (ويزجر)ه بالنصب عطفاً على المصدر.

القاضي بما يشاؤه

من لوم أو غيره (وبالطلاق إن يعد) للإضرار بها ورفعته ثانياً (قضاؤه) ولا يقضي عليه بالطلاق من أول مرة.

وإن ثبوت ضرر

ثبوت فاعل بفعل محذوف يفسره (تعذراً) أي: وإن تعذر ثبوت الضرر وإقامة البينة عليه (لزوجة ورفعها) للحاكم شاكية (تكررا فالحكمان بعد) أي بعد شكواها وعجزها عن إثبات دعواها (يبعثان بينهما) متعلق بقوله الحكمان (بمقتضى القرآن) حكماً من أهله وحكماً من أهلها (إن وجدا عدلين من أهلهما) وأمكن بعثهما وندب كونهما جارين (والبعث من غيرهما) أي غير أهلهما (إن عدما) أي الحكمان في أهليهما أو كانا غير عدلين أو لم يمكن بعثهما، وحيث ذهب الحكمان إلى الزوجين فعليهما أن يجتهدا في الإصلاح بينهما ويخلو كل واحد منهما بصاحبه ويقول له: ما تنقم

منها أو منه وإن كان لك غرض فيها رددناها إليك صاغرة أو رددناه، ويذكرانهما فإن تعذر الإصلاح فإن كانت الإساءة من الزوج وحده طلقاها عليه بلا خلع، وإن كانت منها ائتمناه أو خالعا له بنظرهما في كونه بالصداق كله أو بعضه، وإن كانت منهما فهل يطلقان عليه بلا خلع أو لهما أن يخالعا بالنظر تأويلان. (وما به قد حكما يمضي) على الزوجين (ولا إعذار للزوجين فيما فعلا) قال ابن رشد: لأنهما لا يحكمان بالشهادة وإنما يحكمان بما خلص إليهما من أحوالهما بعد النظر والكشف والله سبحانه أعلم وأحكم.

فصل في الرضاع

هو بفتح الراء وكسرها مع إثبات التاء وتركها. قال في المصباح: رضع من باب تعب في لغة نجد ومن باب ضرب في لغة تهامة، وأهل مكة يتكلمون بهما اه. عياض: وأرضعته أمه وامرأة مرضع أي لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة قال في الكافية:

وما من الصفات بالأنثى يخص

عن تاء استغنى لأن اللفظ نص

وحيث معنى الفعل ينوي التاء زد

كذي غدت مرضعة طفلاً ولد

وفي الشرع قال ابن عرفة: الرضاع عرفاً وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر.

وكل من تحرم شرعاً بالنسب

وهنَّ السبع المذكورات في **قوله تعالى: حرمت عليكم أمهاتكم}** (النساء:23) الآية (فمثلها) وهي الأم (من الرضاع) والبنت من الرضاع والأخت منه والعمة والخالة وبنت الأخ من الرضاع أيضاً وبنت الأخت (يجتنب) وجوباً لحرمة نكاحه اثنان بالكتاب **لقوله تعالى: وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وإخوانكم من الرضاعة}** (النساء:23) والباقي بالسنة قال صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» فكل من أرضعتك أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها فهي أمك فتحرم عليك مرضعتك ويحرم عليك بناتها وإن سفلن، وأخواتها لأنهن خالات، وهكذا ولا تحرم هي ولا بناتها على أخيك ولا على أبيك (خ): وقدر الطفل خاصة ولداً لصاحبة اللبن ولصاحبه من وطئه لانقطاعه ولو بعد سنين، وقال في الرسالة: ومن أرضعت صبياً فبنات تلك المرأة وبنات فحلها ما تقدم أو تأخر إخوة له ولأخيه نكاح بناتها اه. وكذا نكاحها إذ لا رضاع بينه وبينها ولا نسب ولا يحتاج إلى الاستثناء الذي ذكره ابن دقيق العيد، وتبعه (خ) إذ قال: إلا أم أخيك أو أختك الخ لأنه لم يشمله عموم ما يحرم من النسب ولا اندرجت النسوة المذكورات تحته، ولذا رده ابن عرفة.

فإن أقر الزوج بالرضاع فهو

أي إقراره (إلى فسخ النكاح داعي) ويفسخ وجوباً كان ذلك قبل البناء أو بعده (ويلزم الصداق بالبناء) حيث كان الإقرار بعده (و)يلزم (نصفه) حيث كان (من قبل الابتناء) لاتهامه على أنه إنما أقر ليسقط عنه نصف الصداق، ولذا لم يكن عليه شيء إذا وافقته على ذلك قبل البناء فقوله: (كذاك) ينفسخ (بالإقرار منهما معاً) أقرا قبل العقد ولا شيء لها أو بعده ولها المسمى إلا أن تكون عالمة وحدها فليس لها إلا ربع دينار، فإن أقرت به وحدها لم يعتبر إقرارها كما قال: (لا باعتراف زوجة إن وقعا). (خ): وإن ادعته وأنكر لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبله (ويفسخ النكاح بالعدلين بصحة الإرضاع شاهدين) حال من العدلين وبصحة متعلق به (و)يفسخ النكاح أيضاً (ب)شهادة امرأتين (اثنتين إن يكن قولهما من قبل عقد) متعلق بقوله: (قد فشا وعلما) وهل تشترط فيهما العدالة مع الفشو تردد (ورجل وامرأة) يشهدان بالرضاع بين زوجين (كذا) أي موجب للفسخ (وفي) شهادة امرأة (واحدة) وفشا قولها (خلف) (خ): ويثبت برجل وامرأة وامرأتين إن فشا قبل العقد لا بامرأة، ولو فشا وندب التنزه.

وقال الناظم: (وفي الأولى اقتفي) أي اتبع الفسخ في الأولى وهو تابع في ذلك لابن سلمون ونصه يثبت الرضاع بشاهدين وبامرأتين بشرط أن يكون ذلك فاشياً من قولهما فإن لم يكن فاشياً فقولان، وفي المرأة الواحدة إذا كان ذلك فاشياً من قولها قبل العقد قولان. أحدهما: أنه لا يفسخ بذلك. رواه ابن حبيب عن ابن القاسم، والثاني أنه يفسخ بذلك وهو في المدونة قال ابن فتحون: وهو أظهر اه. وكأنه أقوى مما في المختصر، وفي التوضيح المشهور عدم القبول، ويستحب التنزه وهو مذهب المدونة.

فصل في عيوب الزوجين وما يردان به

هو من عطف خاص على عام إذ من العيوب ما لا رد به. واعلم أن موجبات الخيار في النكاح ثلاثة: اثنان يستوي فيهما الرجل والمرأة العيب والغرر بالحرية بأن تتزوج الحرة الرجل على أنه حر، فإذا هو عبد فلها رده وعكسه. والثالث خاص بالمرأة وهو الأمة تعتق تحت زوجها العبد والعيوب أربعة وهي المذكورة في قوله: (من الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج الخيار) مبتدأ (يقتنص) أي يحصل ويثبت كما يحصل الصيد في يد صائده ومن الجنون متعلق به، وإنما يثبت لها ما ذكر من الخيار (بعد ثبوت العيب) بينة (أو إقرار به) من صاحبه (و) بعد (رفع الأمر) للحاكم ويعرف الجذام والبرص بالنظر إليهما ما لم يكونا في العورة فيصدقان في نفيهما، وقيل: ينظر الرجل للرجال والنساء للمرأة للضرورة، فإذا ثبت العيب و لم يبق فيه مقال للمعيب طلقها الحاكم عليه (في) القول (المختار) وهو قول ابن القاسم وقيل يأمرها بأن تطلق نفسها إن شاءت وهو قول عيسى وداء الفرج ثلاثة أقسام ما يختص بالزوج وإليه أشار بقوله: (وداء فرج الزوج) الموجب للخيار (بالقضاء كالجب) خبر عن قوله داء والمجبوب هو مقطوع الذكر والأنثيين (والعنة) والعنين لغة الذي لا يشتهي النساء وشرعاً ذو الذكر الصغير كالزر ويطلق أيضاً على الذي لا ينتشر ذكره، وهو المعترض، وسيأتي

(والخصاء) والخصي المقطوع الخصيتين أو المقطوع الذكر وقيل في القائم الذكر لا رد لها إلا أن يكون مقطوع الحشفة (وذاك) الداء المذكور الشامل للأمور الثلاثة من الجب والخصاء والعنة (لا يرجى له زوال) ولا برء (فليس في الحكم به إمهال) بل لها الطلاق في الحال إلا أن ترضى بالبقاء معه (وحيث عيب الزوج) كائن (باعتراض أو برص وقيم عند القاضي بواحد منهما (أجله) أي أجل القاضي الزوج المعترض أو المبروص (إلى تمام عام) ومبدؤه من يوم الحكم على المشهور، لأن الدواء ربما نجع في فصل من السنة دون فصل ويؤجل (كذاك) أي عاماً أيضاً (في الجنون والجذام) لأن كلاً من الأدواء الأربعة يرجى برؤه وزواله بخلاف الثلاثة الأول (وبعد ذا) أي وبعد التأجيل وانقضاء العام (يحكم بالطلاق إن عدم البرء على الإطلاق) من غير تقييد.

والعبد في

القول (الأصح كالأحرار) في أنه يؤجل بالعام واختاره اللخمي قائلاً: وهو أبين لأن السنة جعلت ليختبر في الفصول الأربعة، ولا فرق في ذلك بين حر وعبد (وقيل بالتشطير) فيؤجل فيما ذكر ستة أشهر لا غير (خ): وأجل المعترض سنة بعد الصحة من يوم الحكم والعبد نصفها الزرقاني، وهو مذهب المدونة، وقول مالك وأصحابه: وبه الحكم لأن تحديد مدة النكاح عذاب ولقربه من الفراق اه. (كالظهار) يعني إذا ظاهر العبد من زوجته وأبى أن يكفر ولحقه الإيلاء فإنه يؤجل شهرين وقيل أربعة أشهر كالحر (وكالرجال أجل النساء في هذه الثلاثة الأدواء) الجنون والجذام والبرص ولا يتصور فيهن الرابع وهو الاعتراض (وفي سواها) أي الأدواء الثلاثة كالرتق (لا يكون الأجل لهن إلا ما يرى المؤجل) بكسر الجيم وهو الحاكم (خ) وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد وقيد في المختصر تأجيل الجذام والبرص فقال: وأجلا فيه أي الجنون وفي برص وجذام رجي برؤهما سنة.

تنبيه: إذا اعترض الزوج أو جب أو خصي بعد أن أصاب الزوجة ولو مرة فلا كلام لها، وسيأتي بعضه في كلام الناظم: (ويمنع المبروص والمجذوم من بنائه) إذا طلبه في زمن مداواة نفسه (و) يمنع (ذو الجنون) أيضاً من الدخول حتى يبرأ أو تخير هي (فاستبن) تتميم (وذو اعتراض وحده لن يمنعا)، والحاصل الذين يؤجلون من الأزواج سنة للبرء من دائهم أربعة ثلاثة يمنعون من الزوجة، والرابع وهو المعترض لا يمنع منها (وهو) أي المعترض يعني من ادعت عليه زوجته أنه معترض ونازعها في ذلك وزعم أنه يصيبها. (مصدق إذا ما نوزعا) وكذب وظاهره بغير يمين وصرح به ولده وهو قول مالك في الواضحة والذي في المدونة بيمين قاله ابن عرفة. وبه شرح المواق وغيره كلام خليل فهو المعتمد، ونص المواق ابن عرفة: الاعتراض إن أقر به فواضح وإن أنكر دعواه زوجته صدق في المدونة بيمين اه. الزرقاني: وقول التتائي بغير يمين فيه نظر، فإن صدق أنه معترض وضرب له الأجل فادعى أنه وطيء فيه صدق بيمين وهو قوله: (وإن يقل وطئت أثناء الأمد فقوله مع اليمين معتمد وتمنع الإنفاق من) أي الزوجة التي (لم تدخل) وهي زوجة المبروص والمجذوم والمجنون، وتوقف التونسي في زوجة المجنون فقال: انظر إن ضرب المجنون أجل سنة قبل الدخول هل لها نفقة إذا دعته إلى الدخول مع امتناعها من ذلك لجنونه. كما إذا أعسر بالصداق فإنه يؤمر بالنفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع صداقها فأجال النظر، و لم يبين من ذلك شيئاً. قال ابن رشد: والظاهر أنها لا نفقة لها لأنها منعته نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه

فكان بذلك معذوراً بخلاف الذي منعته نفسها حتى يؤدي صداقها إذ لعل له مالاً فكتمه. اه. (إن طلبته) أي الإنفاق (في خلال الأجل) ومفهوم لم تدخل أن التي لا تمنع من الدخول وهي زوجة المعترض لها النفقة وهو كذلك لأنه مرسل عليها، وقول (خ) والظاهر أنه لا نفقة لها فيها معترض بأن ابن رشد إنما قاله في زوجة المجنون كما

علمت لا في زوجة المعترض ولا يصح قياسها عليها لأن هذا مرسل عليها، والآخر ممنوع منها (والعيب في الرجال) مبتدأ (من قبل البنا)ء متعلق بتعين الآتي (وبعده الرد به) مبتدأ ثان (تعينا) خبره والجملة خبر الأول، والمعنى أن الرجل يرد بالعيب سواء كان سابقاً على العقد أو حدث بعده أو بعد البناء (إلا اعتراضاً كان بعدما دخل) بها ووطئها (والوطء منه هبة مرة حصل) فإنه يكفي ولا كلام لها بعد ويكون اعتراضه حينئذ أو جبه أو خصاؤه مصيبة نزلت بها (وبالقديم الزوج والكثير يرد والحادث واليسير) هذا البيت مستغنى عنه بما قبله، وإنما ذكر هذا التعميم توطئة لقوله: (إلا حديث برص متزور) أي قليل (فلا طلاق منه في المشهور) ولو قال كذا حديث برص متزور، ويكون التشبيه في الاستثناء لأفاد المراد (وزوجة) ترد (ب)عيب (سابق لعقده) أي النكاح من جنون أو جذام أو برص فإن حدث بها شيء من ذلك بعد العقد فلا رد (وهو) أي العيب المذكور (لزوج) أصاب زوجته (آفة) إذا أصابها (من بعده) أي العقد لأنه قادر على الفراق بالطلاق.

والحاصل أن الزوجة ترد بالقديم من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ولا ترد بالحادث. ابن عرفة: ما حدث بالمرأة من عيب بعد العقد لغو هو نازلة بالزوج اه. وأما الزوج فيرد بالقديم ولا إشكال وبالحادث إلا أن يكون اعتراضاً أو جباً أو خصاء وحصل واحد منها بعد الوطء ولو مرة أو يسير برص على الرابع من الأقوال في ابن الحاجب. وزاد (خ) الجذام الغير المحقق فقال: ولها فقط الرد بالجذام البين والبرص المضر الحادثين بعده.

ثم أشار إلى العيوب المختصة بالزوجة فقال: (والرتق) بسكون التاء للضرورة وهو التصاق محل الوطء والتحامه (داء الفرج في النساء كالقرن) سكنه ضرورة والأصل الفتح كقوله (والعفل) وهو أن يبدو لحم من الفرج زاد بعض يشبه أدرة الرجل ولا يسلم غالباً من رشح، والقرن شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة تارة يكون عظماً فيعسر علاجه وتارة يكون لحماً فلا يعسر. (والإفضاء) وهو اختلاط محل الجماع ومجرى البول بزوال الحائل الرقيق الذي بينهما وإذا وقع ذلك لا تمسك بولاً ولا نطفة وبقي على الناظم البخر بالفتح وهو نتن الفرج فيوجب الخيار لأنه منفر خلافاً للأئمة الثلاثة وإن لم يمنع أصل الوطء كالإفضاء فإنه إنما يمنع كمال اللذة. وبقي على الناظم أيضاً العذيطة بفتح العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح المثناة تحت والطاء المهملة هي حدوث الغائط عند الجماع، وهذا هو الثابت من عيوب الفرج المشترك بين الزوجين، ونزلت في زمن أحمد بن نصر ورمى كل واحد منهما صاحبه فأمر أن يطعم أحدهما تيناً والآخر فقوساً.

ولا ترد

الزوجة (من) أجل (عمى) وأحرى العور (ولا شلل ونحوه) كقطع عضو أو وجدها مقعدة أو سوداء أو منتنة الفم على المشهور إلا أن يكون شرط السلامة حين العقد وهو قوله: (إلا بشرط يمتثل) قال في المدونة: وإن وجدها سوداء أو عمياء أو عوراء لم ترد ولا يرد بغير العيوب الأربعة إلا أن يشترط السلامة منه.
قلت: فإن شرط أنها صحيحة فإذا هي عمياء أو شلاء أو مقعدة أيردها؟ قال: نعم إذا اشترطه على من أنكحه إياها اه (خ) وفي الرد أن شرط الصحة تردد.

والزوج

يتزوج المرأة على أنها بكر (حيث لم يجدها بكراً) وهي في اللغة التي لم ينعقد عليها نكاح (لم يرجع) ولم يكن له ردها (إلا باشتراط عذراً) وهي التي بخاتم ربها فإن شرط ذلك فقال ابن عرفة: لو شرط أنها عذراء فوجدها ثيباً فله الرد اتفاقاً اه. وفي البرزلي: سئل القابسي عمن اشترط عذراء فوجدها ثيباً فقال: هذا شيء لا يمنع الزوج الوطء وشيء يدخل على المرأة ولا تشعر من لعب أو قفزة أو تكرر حيض، وليس بعيب على كل حال اه. فهذا قادح في دعوى الاتفاق، لكن المعتمد الأول وجوابه أن هذا شرط فيه. عرض، فإن لو يوجد للمشترط الرد بخلاف شرط البكارة فلا رد فيه على المعتمد إلا أن تكون ثيبت بنكاح وكتموا ذلك عنه كما أشار له بقوله:

ما لم يزل عذرتها

وهي ساتر رقيق على المحل يزول بأدنى شيء (نكاح مكتتم فالرد مستباح) للزوج إذا شاءه. ابن عرفة وفي شرط أنها بكر كذلك أي كشرط عذراء ولغوه قولان، والذي عليه ابن فتحون وأخذ به المتأخرون، ورواه ابن حبيب عن مالك أن لا رد بذلك، ثم استثنى ما إذا ثيبت من زوج قال: فلو أكذبته في دعواه الثيوبة لكان له عليها اليمين إن كانت مالكة لأمر نفسها أو على أبيها إن لم تكن ولا ينظرها النساء ولا تكشف الحرة في مثل هذا اه. وهذا هو المشهور وجرى العمل بقول سحنون في غير المدونة أن النساء ينظرن إليها بأمر السلطان. قال في المقرب: ويدل له قول مالك مما هو عند أهل المعرفة داء الفرج قال في اللامية: والفرج للنسوة انجلا. فتنظرها القوابل لإثبات العيب أو نفيه فلو قال: وجدتها مفتضة حد للقذف ولو ثبت أنها ثيب، واعلم أن الزوج إذا لم يجدها عذراء إما أن يكون شرط ذلك أو ما يفيده عرفاً كبكر وبنت وطفلة أو يشترط بكراً، أو لم يشترط شيئاً فإن شرط عذراء أو ما في معناه فله ردها ثيبت بنكاح أو غيره من قفزة أو تكرر حيض مثلاً، وإن شرط بكراً لم يرد إلا أن ثيبت بنكاح، وكلام الناظم يوهم الرد في هذه، وإن لم يشترط أنها بكر وليس كذلك ويوهم الرد في شرطه عذراء بمجرد تقدم عقد نكاح عليها وليس كذلك.

تنبيه: قال شيخنا: والعرف كالشرط وحينئذ فإذا تزوج الرجل وأصدقها صداق البكر وصنع لها ما يصنع بالبكر ثم وجدها ثيباً فله الرد.

فرع: سئل ابن أبي زيد عمن تزوج بكراً فزنت فقال: هي مصيبة نزلت بالزوج ويلزمه جميع الصداق إن دخل، ونصفه إن طلق قبل الدخول، وفي المدونة في المرأة يظهر بها حمل قبل أن يدخل بها. قال ابن القاسم: هي زوجة إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا يلحق به الولد وتحد هي.

تنبيه: قال المتيطي: ينبغي لأولياء المرأة تذهب عذرتها بغير جماع أن يشيعوا ذلك ويشهدوا به ليرتفع عنها العار عند نكاحها.

و

إذا ثبت العيب بالمرأة ببينة أو إقرار وادعى أنه قديم يوجب الخيار وادعت هي أنه حادث بعد العقد ولا خيار له فـ(القول قول الزوج) إن كان تنازعهما (قبل الابتنا في قدم العيب الذي تبينا) بها من جنون أو جذام أو برص إلا أن تأتي هي أو وليها ببينة على حدوثه (والقول بعد) أي فيما إذا كان تنازعهما بعد البناء (في الحدوث قول الأب) أنه حادث (والزوج إذ ذاك بيانه) لدعواه القدم (وجب) فإن أقام بينة وإلا فالقول للأب أنه زوجها صحيحة. قال ابن المواز: مع يمينه ثم ما ذكره الناظم من التفصيل هو ملخص ما في البيان، وابن عرفة وابن سلمون، وبه شرح الحطاب والمواق وعج وغيرهم كلام المصنف وظاهر (خ) وابن شاس، ونص ابن القاسم أن القول للزوجة والأب مطلقاً كان النزاع قبل البناء أو بعده، ومثله لابن أبي زمنين قال في المقرب، قال محمد: ومن زوج ابنته فمكثت سنة أو نحوها، ثم ظهر بها جذام فادعى الزوج أنها كانت مجذومة يوم زوجها أبوها، وقال الأب: تجذمت بعد النكاح، فالبينة على الزوج أنها كانت مجذومة يوم زوجها أبوها، والقول قول الأب لأن الزوج ائتمنه كذلك، روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم اه. وكلام ابن فتحون صريح في أن القول للزوجة وأبيها مطلقاً، وإنما فصل هل تحلف هي أو هو ونصه وإن اختلفا فقال الزوج إن ذلك بها قبل النكاح، وقالت هي أو الولي: بعده ويقدر الزوج على إقامة البينة على دعواه، فحكى بعض شيوخنا: أن اليمين تجب عليها إن كان لم يدخل بها ولا تجب على الولي وإن كان قريب المرأة لأنه لا غرم عليه قبل الدخول وإن كان ذلك بعد الدخول بحيث يجب الغرم عليه فعليه اليمين إن كان قريب القرابة، أو عليها إن لم يكن الولي قريباً. ولما ذكر ابن سلمون ما عقده الناظم قال: ذكر ذلك ابن رشد، قال بعض المتأخرين: وقد وهم ابن فتحون فذكر خلافه اه. (كذا) أي وكما قضى للزوجة بحدوث العيب فيما إذا كان التنازع بعد البناء قضى لها (برد ذي انتساب) أي من تزوجته

على أنه ذو نسب ثم (ألقيا لغية) أي لزنية أي ابن زنا. قال في المشارق: يقال فلان لغية إذ كان لغير رشدة بفتح الغين كما يقال لزنية بكسر الزاي، وحكى ابن دريد أنه يقال فيه أيضاً لغية بكسر الغين اه. ونحوه في المصباح والصحاح والقاموس، وأما اللام فحرف جر مكسورة على كل حال (أو) تزوجت الحرة رجلاً على أنه حر فألفته (مسترقّاً) أي

عبداً أو ما فيه شائبة رق (قضيا) لها أيضاً برد إن شاءت، وعكس المسألتين وهو لو تزوجها لرشدة، فإذا هي لغية أو على أنها حرة فإذا هي أمة كذلك فإذ كانت المشترطة للحرية أمة فلا رد لها لأنها من مناكحه.

فصل في الإيلاء والظهار

والإيلاء لغة اليمين يقال آلى يولى وائتلى **قال تعالى: الذين يؤلون من نسائهم}** (البقرة:226) ولا يأتل أولو الفضل منكم} (النور:22) وشرعاً حلف الزوج القادر على الوطء المسلم المكلف على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر للحر أو شهرين للعبد كوالله لا أطؤك قاله (خ). وقال الناظم: (ومن لوطء بيمين منعه) الهاء عائدة على وطء وهو مفعول بفعل محذوف من باب الاشتغال واللام زائدة والتقدير ومن منع الوطء بيمين منعه.

لزوجة فوق شهور أربعة

للحر أو شهرين للعبد (فذلك) الحالف هو (المولى وتأجيل وجب له إلى فيئته) أي رجوعه (لما اجتنب) وهو الوطء الذي حلف على تركه يعني: وحكمه أنه يجب أن يضرب له أجل مبلغه أربعة أشهر كما سيأتي في كلامه (وأجل الإيلاء) الذي هو أربعة أشهر مبدؤه (من يوم الحلف) يعني حيث كانت يمينه على بر بدليل ما بعده فشمل والله لا أطؤك أبداً وخمسة أشهر، وشمل المحتملة أقل كوالله لا أطؤك حتى يقدم زيد أو يموت عمرو، وهو في الثانية موافق لقول ابن عرفة نص المدونة: أن الأجل فيها من يوم الحلف قال: وقول ابن الحاجب أن الأجل في والله لا أطؤك حتى يموت زيد من يوم الرفع غلط اه. وتبع ابن الحاجب على هذا الغلط (خ) فقال: والأجل من اليمين إن كانت في يمينه صريحة في ترك الوطء لا إن احتملت مدة يمينه أقل أو حلف على حنث، فمن الرفع والحكم وجرى الشيخ ميارة على هذا الغلط مع أن كلام الناظم سالم صحيح.

وحانث

أي ومن لحقه الإيلاء بسبب حلفه يميناً هو فيها على حنث كقوله إن لم أدخل الدار مثلاً فأنت طالق فإنه يحال بينه وبين زوجته حتى يفعل المحلوف فإن لم يفعل وطالبته بحقها كان مولياً وضرب له أجل الإيلاء (من يوم رفعه) للحاكم (ائتنف) الأجل (ويقع الطلاق حيث لا يفي) أي حيث لم تقع منه الفيئة بأن يعجل الحنث ويدخل الدار أو يكفر عن يمينه حيث كانت بالله أو بعتق معين ويطلقها الحاكم إن قال: لا أطأ بلا تلوم، وإلا تلوم له واختبروه مرة بعد مرة (إلا على) المولى (ذي العذر في التخلف) عن الفيئة كالمريض والمسجون، فلا يطلق عليه بنفس انقضاء الأجل، بل يمهل حتى يمكنه ذلك والفيئة تغييب الحشفة في القبل وافتضاض البكر. (وعادم الوطء للنساء) أي عادم القدرة عليه كالشيخ الفاني والخصي

والمجبوب (ليس له كالشيخ من إيلاء) وقال أصبغ: يصح إيلاء الخصي والمجبوب. قال في التوضيح: لأن للزوجة منفعة فيما آلى عنه من المضاجعة والمباشرة، ولذلك تزوجته (وأجل المولى) الذي يضرب له ليفيء (شهور أربعة) كما في نص التنزيل، هذا للحر ويأتي إن للعبد نصفه (واشترك التارك للوطء) للزوجة (معه) أي مع الحلف على تركه المولى (في ذاك) أي في التأجيل أربعة أشهر (حيث) حصل (الترك) منه (قصداً للضرر) بها ويؤجله (من بعد زجر حاكم) له على ترك الوطء (وما ازدجر) أي والحالة أنه لم يترجر فيؤجله (بعد تلوم). وهذا الذي مشى عليه من أن التارك للوطء ضرراً يلحق بالمولى هو ما في ابن الحاجب، وهو قول لمالك والمشهور خلافه، وأنه يطلق عليه بالاجتهاد (خ): واجتهد وطلق في لأعزلن أو لا أبيتن وترك الوطء ضرراً، وإن غائباً أو سرمد العبادة بلا أجل على الأصح اه. وفي المدونة قال مالك: ومن ترك وطء زوجته من غير عذر ولا إيلاء لم يترك إما وطيء أو طلق يريد ويتلوم له بمقدار أجل الإيلاء وأكثر اه. بنقل المواق ومثله في التوضيح.

وفي الظهار

وهو قول الرجل لزوجته أو أمته أنت علي كظهر أمي (خ) تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزئها بظهر محرم أو جزئه ظهار (لمن أبى التكفير ذاك) أي تأجيل أربعة أشهر بعد الزجر والتلوم (جار) واختلف في الأجل الذي يضرب له هل مبدؤه من يوم الظهار أو من يوم الرفع وعليه اقتصر الناظم فقال: (وأجل المظاهر المأثور) نعت لأجل (من يوم رفعه هو المشهور) ورجحه ابن يونس فقال: وبعد ضرب الأجل أحسن و لم يقف على الترجيح المواق، ولا ابن غازي. وقيل: من تبين الضرر وإنما يؤجل. (من بعد أن يؤمر بالتكفير) ويمتنع (وهي) أي كفارة الظهار (على الترتيب لا) على (التخيير) ل **قوله تعالى: والذين يظاهرون من نسائهم}** (المجادلة:4) وكان عادم الوطء ليس له إيلاء كما مر.

كذاك أيضاً ما له ظهار

من لا على الوطء له اقتدار

كالشيخ الفاني والمعترض والمجبوب، وهذا هو المنصوص وما صدر به ابن الحاجب من صحته من هؤلاء إنما هو تخريج للخمي ابن عرفة، وفي انعقاده من متعذر الوطء كالمجبوب والمعترض والشيخ الفاني تخريج اللخمي، ونقله عن ابن زياد وسحنون قال ابن عرفة، وقال ابن الحاجب: يصح ظهار العاجز عن الوطء لمانع فيه أو فيها كالمجبوب والرتقاء. وقال سحنون: لا يصح. ابن عبد السلام: الأول قول العراقيين من أصحابنا.

قلت: هذا يقتضي أنه نص للعراقيين ولا أعرفه إلا إجراء كما تقدم اه.

وإن يكن مظاهر أو مولى عبداً يؤجل نصف ذا التأجيل

وهو شهران (ثم الطلاق في) أي عند (انقضاء الأجل) للحر أو العبد وقصره (م): على العبد (بعد تقضي الموجبات الأول) من الزوجية والظهار والإيلاء والامتناع من التكفير وطلق عليه بعد البناء بحكم الإيلاء، فاللازم له طلقة رجعية

لأن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن الإطلاق المولى والمعسر بالنفقة. (ويملك الرجعة فيما أصدرا) هو أي الحاكم من الطلاق (من) هو الفاعل أي الزوج الذي (فاء في العدة) أي رجع عما كان عليه من الامتناع كحلفه بطلاقها ليدخلن الدار ولحقه الإيلاء وطلقت عليه فدخل الدار وارتجعها أو حلف لا يطئها وطلقت فارتجعها ووطئها إذ لا يحل له وطؤها إلا بعد ارتجاعها (أو من) أي أو مظاهر أو مول (كفراً) بإخراج كفارة الظهار أو كفارة اليمين بالله أو بعتق معين، فإن ارتجع قبل فعل شيء من ذلك تمت رجعته إن انحل عنه الإيلاء وإلا ألغيت.

فصل في اللعان

ابن عرفة: وحلف الزوج على زنا زوجته أو نفى حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه أن ما وجب نكولها حدها بحكم قاض واحترز بقوله اللازم له مما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، فإنه منتف من غير لعان وبقوله: إن أوجب نكولها حدها مما لو ثبت غصبها ونفي الولد فيلاعن فيه ولا حد عليها إن نكلت وبقوله: بحكم قاض مما لو تلاعنا دون حكم فكالعدم ولا ينبني عليه شيء من الأحكام ولا نص في حكمه. ابن عات: لاعن ابن الهندي فعوتب فقال: أردت إحياء سنة أميتت. البرزلي: قد أغنى الله تعالى عنه بما ذكر في كتابه والستر أولى، وإنما تستر بهذا الكلام، وكانت ملاعنته بجامع قرطبة سنة 338، وقيل سنة 388. ابن عرفة: والحق أنه إن كان لنفي نسب وجب، وإلا فالأولى تركه بترك سببه فإن وقع صدقاً وجب لدفع معرة القذف. (وإنما للزوج) المسلم المكلف وإن فسد نكاحه أو فسقاً أو رقاً لا كفراً (أن يلتعنا) بأحد أمرين (بنفي حمل) ظهر بها أو ولد وادعى أنه ليس منه (أو برؤية الزنا) أي ادعى أنه رآها تزني كالمرود في المكحلة و لم يطأها بعد ذلك كما في المدونة، وقد مر أن الأولى في هذا الستر وأنه ليس له أن يضارها لتفتدي منه، ثم ظاهر الناظم أنه إنما يلاعن في الزنا إذا ادعى رؤيتها تزني وليس كذلك، بل يلاعن أيضاً فيه إذا رماها به وفيه نزلت الآية. (خ) : إن قذفها بزنا في نكاحه، ومثله في ابن شاس وابن الحاجب، والناظم تبع لفظ المدونة كما أشرنا إليه، ولو قال: أو برمي بالزنا لشمل ذلك، وإنما يسوغ له الالتعان بنفي حمل (مع ادعائه للاستبراء) إذا كان قد استبرأها ويدخل في الاستبراء ما إذا وضعت و لم يطأها بعد ثم ظهر حمل مستأنف (وحيضة) واحدة (بينة الإجزاء) والكفاية في الاستبراء والزائد عليها في باب العدة تعبد، وهذه إحدى المستثنيات الثلاث من قولهم: استبراء الحرة كعدتها قال الأجهوري رحمه الله:

والحرة استبراؤها كالعده
لا في لعان وزنا ورده
فإنه في كل ذا تستبرا
بحيضة فقط وقيت الضرا

وإذا قلنا يعتمد على الاستبراء في نفي الحمل فأحرى إذا استبرأ ثم رآها تزني وفي كل خلاف، والمشهور ما اقتصر عليه الناظم (خ): ولا يعتمد في نفي الولد على عزل ولا مشابهة لغيره، وإن بسواد ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ولا بوطء بغير إنزال إن أنزل قبله و لم يبل.

ويسجن القاذف

لزوجته بالزنا أو بنفي حملها اللازم له إذا كذبته في ذلك (حتى يلتعن) فتلتعن هي ويفرق بينهما أو تنكل فيقام عليها الحد (وإن أبى) اللعان (فالحد حكم يقترن) بإبقائه (وما) أي واللعان الذي يكون (ب)سبب نفي (حمل بثبوته) أي الحمل (يقع) اللعان كما يقضي بالنفقة للمطلقة، إذا أظهر حملها هذا هو المشهور (وقد أتى عن مالك) وهو قول أبي حنيفة وابن الماجشون: لا لعان (حتى تضع) لاحتمال كونه ريحاً فينفش ورد بحديث الصحيحين وغيرهما أن العجلاني لاعن وهي حامل وقال صلى الله عليه وسلم: «ارقبوه فإن أتت به كذا وإن أتت به كذا» فجاءت به على الوجه المكروه. ثم أشار إلى صفة اللعان فقال:

ويبدأ الزوج بالالتعان

وجوباً عند أشهب وقيل ندباً فلو بدأت فقال ابن القاسم: لا يعاد، وقال أشهب: يعاد (خ): وفي إعادتها إن بدأت خلاف اه. وهذا ما لم تحلف بصيغة لقد كذب، وإلا أعادت بلا خلاف والتعانه (لدفع حد) عنه إن كانت الزوجة حرة مسلمة أو الأدب إن كانت أمة أو كتابية، ويترتب على لعانه أيضاً أمران آخران. قطع نسب الحمل أو الولد، وإيجاب الحد على المرأة إن لم تلاعن يحلف. (أربع الأيمان) المذكورة في

قوله تعالى: فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله} (النور:6) (إثباتاً) في الزنا فيقول: أشهد بالله لرأيتها تزني (أو نفياً) في الحمل فيقول: أشهد بالله ما هذا الحمل مني كما قاله ابن المواز، وهو الظاهر دون قول المدونة لزنت إذ لا يلزم من زناها كون الحمل ليس منه ولا بد من لفظ أشهد. (على ما وجبا) من الصيغة (مخمساً بلعنة إن كذبا) أي: فيقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. (وتحلف الزوجة بعد) أي: بعد حلف الزوج وبعد أن تخوف وتذكر أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. (أربعا) تقول في كل واحدة: أشهد بالله ما رآني أزني أو ما زنيت وأن هذا الحمل منه، أو تقول لقد كذب فيهما (لتدرأ الحد) عنها (بنفي ما ادعى) الباء بمعنى على متعلقة بتحلف. (تخميسها بغضب إن صدقا) أي خامسة المرأة أن تقول غضب الله عليها إن كان من الصادقين (خ): ووجب اشهد، واللعن والغضب وخصت هي بالغضب لأنها أغضبت ربها وزوجها وأهلها وهو باللعن لأنه أبعد الولد وأمه. (ثم إذا تم اللعان) منهما (افترقا) ظاهره من غير حكم وهو المشهور (ويسقط الحد) عن المرأة (وينتفي الولد ويحرم العود) أي عودها له، ولو بعد زوج (إلى طول الأمد) وهذه ثلاثة أخر ترتبت على لعانها، فإن اعتبرت الفرقة وتأبيدها كانت رابعاً (خ) وبلعانها تأبيد حرمتها وإن

ملكت أو أنفش حملها (والفسخ من بعد اللعان ماض دون طلاق) هذا قول مالك وابن القاسم قاله اللخمي. وفي المتيطية قال بعض الموثقين: ولا

يتم الفراق على قول ابن القاسم إلا بحكم القاضي كما في العتبية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للعجلاني وزوجته: «قوما فقد فرقت بينكما» وإليه أشار بقوله: (وبحكم القاضي) وفي الجلاب فرقة المتلاعنين فسخ بغير طلاق وهي واقعة بالتعان الزوجين ولا تفتقر إلى إيقاع الحاكم لها اه. منه وذهب جماعة من أصحابنا إلى أنه طلقة بائنة قاله في البيان، فإن كان قبل البناء ففي الجلاب أن الملاعنة قبل البناء لا صداق لها، وقول مالك في المدونة والموطأ: أن لها نصف الصداق وهو الصحيح، وإن بنينا على أنها فسخ لاتهامه على إسقاطه حقها خلافاً للخمي في بنائه على أن الفرقة فسخ أو لعان فلو زاد الناظم:

فإن تلاعنا و لم يبن لزم

لتهمة نصف صداق قد علم

أي لا إن كان نكاح تفويض. (ومكذب لنفسه بعد) أي بعد التعانهما وتمامه منهما (التحق) به (ولده) الذي نفاه (وحد) لاعترافه بقذفها وإذا العفو (والتحريم) بينهما الحاصل باللعان (حق) أي وجب فلا يرتفع بتكذيبه نفسه (وراجع قبل التمام) أي قبل تمام اللعان (منهما) معاً (يحد والنكاح لن ينفصما) أي لا ينقطع وتجب الفرقة إلا بتمام لعانهما (وساكت والحمل حمل بين) ظاهر وسكت بعد أن رآه (يحد مطلقاً) طال زمن سكوته كالشهر أو قصر كاليوم واليومين قاله في المدونة إلا أن يكون سكوته لعذر (ولا يلتعن) أي ولا يمكن من اللعان (ومثله) أي مثل الساكت المذكور في حده ولحوق الولد به ومنعه من اللعان (الواطىء بعد الرؤية) للزنا (ويلحق الولد) به ويحد (حد الفرية) الكذبة أي حد القذف لقوله: إن الحمل ليس منه، فإن قذفها برؤية الزنا لم يمنعه من اللعان وطؤها. ابن الحاجب: شرط اللعان في الولد أن لا يطأها بعد الرؤية أو العلم بالوضع، أو الحمل وأن لا يؤخر بعد العلم بالوضع أو الحمل. (وأن تضع بعد اللعان) من عقد عليها فظهر بها حمل قبل البناء وادعت أنه منه، وأنكر ولاعن ثم وضعته. (لأقل من ستة الأشهر فالمهر بطل) أي لا شيء عليه منه، وإن كان قد دفع نصفه استرد لتبين أنها كانت في العدة أو الاستبراء حين العقد (وليس للتحريم) الحاصل باللعان (من تأبيد) ولا أثر (إذ النكاح كان كالمفقود) للاتفاق على فساده فهو مفسوخ شرعاً معدوم حكماً لا يترتب عليه طلاق ولا يصح فيه لعان.

باب الطلاق والرجعة وما يتعلق بهما

الطلاق لغة الإرسال وعرفاً قال ابن عرفة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجب تكررها مرتين للحر، ومرة لذي الرق، حرمتها عليه قبل زوج، والطلاق على قسمين سني وبدعي، فالسني ما اجتمعت فيه شروط أربعة كما أشار له الناظم بقوله: (من الطلاق الطلقة السنية) أي التي أذنت فيها السنة والشرع لا أنها سنة لأن الأصل في الطلاق الجواز. وفي الحديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وعن علي: تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش.

وتعرض له الحرمة والكراهة والوجوب، وإنما تكون الطلقة سنية. (إن حصلت شروطها المرعية) فيها (وهي الوقوع حال طهر) لا في حيض طلقة (واحدة) لا أكثر (من غير مس) في ذلك الطهر الذي طلقها فيه (و) من غير (ارتداف) طلقة أخرى (زائدة) في العدة وإلاَّ بأن اختل شرط منها أو أكثر فهو بدعي كما يأتي، وزاد في التلقين شرطين آخرين: أن لا

يكون في طهر تال لحيض طلق فيه وأجبر على الرجعة وأن تكون المرأة ممن تحيض لا آيسة أو صغيرة اه. ويغني عن الثاني قوله: حال طهرها لأن الطهر ما تقدمه حيضة وتأخرت عنه أخرى ولا يغني عن الأول خلافاً للزرقاني، فلو زاد الناظم:

ممن تحيض ليس في طهر نبع

طلاق مجبور على أن يرتجع

لأفاد هذا الشرط الخامس انظر الزرقاني وطالع الأماني (من ذاك) أي الطلاق السني (بائن) كطلقة قبل الدخول أو بعوض أو صادفت آخر الثلاث، وأما الواحدة بلفظ الخلع أو التمليك فبدعي (ومنه الرجعي) كطلقة بعد البناء (وما عدا السني) وهو الواقع في حيض أو في طهر مس فيه أو أكثر من واحدة أو أردف في العدة (فهو بدعي) وينقسم البدعي إلى ممنوع وهو ما كان في الحيض، وإلى مكروه وهو ما عداه (خ): وإلا فبدعي وكره في غير الحيض ومنع فيه ووقع، وينقسم البدعي أيضاً إلى رجعي وإلى بائن، وذكر له الناظم ثلاثة أفراد فقال: (منه) أي من البدعي البائن (مملك) كأنت طالق طلقة مملكة أو تملكين بها نفسك، وقال الشارح: الطلاق المملك هو طلاق الخلع من غير عوض فيه. (ومنه الخلعي) وهو الطلاق بعوض (و) منه (ذو الثلاث مطلقاً) سواء وقع في حيض أو طهر مس فيه أو لا قبل البناء أو بعده بلفظ الثلاث أو البتة.

و

منه (رجعي) كطلقة في حيض أو طهر مس فيه (ويملك) الزوج (الرجعة في) الطلاق (الرجعي) وهو ما ليس ببائن، وتقدم بيانه بسنياً كان أو بدعياً فله أن يرتجعها (قبل انقضاء الأمد المرعي) في بينونتها وهو العدة الآتي بيانها من الإقراء والشهور أو الوضع.

ولا افتقار فيه

أي الارتجاع (للصداق والإذن) من الزوجة (والولي) بل له أن يرتجعها دون شيء من ذلك (باتفاق) وإنما يستحب الإشهاد وتكون الرجعة بقول: كارتجعتها ورجعتها وأمسكتها أو بفعل كوطء أو لمس مع النية وقصد الارتجاع به.

وموقع الطلاق دون طهر

أي في الحيض (يمنع) أي فعل ممنوعاً لأن الطلاق في الحيض حرام كما مر، ويجبر على الرجعة ما دامت العدة وهو المراد بقوله: (مع رجوعه بالقهر) فإن أبى هدد ثم سجن ثم ضرب بمجلس فإن لم يفعل ارتجعها الحاكم، والأحب أن يمسكها بعد هذا الارتجاع حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن طلقها في الطهر الأول مضى (وفي) الطلاق (المملك) وهو ما كان بلفظ الخلع من غير عوض أو واحدة تملك بها نفسها (خلاف) قيل: اللازم فيه الثلاث كواحدة بائنة وقيل: رجعي

كطلقة ولا رجعة لي عليك. (والقضا بطلقة بائنة في المرتضى) وهو ثالث الأقوال. قال في المتيطية: يكره أن يطلق زوجته طلاق خلع أو مساراة من غير أخذ ولا إسقاط لأنه خلاف السنة فإن فعل فثلاثة أقوال. أحدها: أن تكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك. الثاني: أنها البتة كمن قال أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث. الثالث: أنها طلقة بائنة قاله مالك وابن القاسم، وبه القضاء اه. وقال في المعونة: إذا قصد إلى إيقاع الخلع من غير عوض كان خلعاً عند مالك لأنه طلاق قصد أن يكون خلعاً، فكان على ما قصده كالذي معه العوض وقال أشهب: يكون رجعياً اه. وفي ابن سلمون ما نصه: عقد طلق فلان زوجته بعد البناء طلقة واحدة ملكها بها أمر نفسها دونه، وهذا طلاق خلاف السنة ثالث الأقوال قول ابن القاسم: أنها طلقة واحدة بائنة وبه القضاء اه. وهو أمس بلفظ المملك والله أعلم.

وبائن

أيضاً (كل طلاق أوقعا قبل البناء كيفما قد وقعا) سنياً أو بدعياً بعوض أو لا واحدة أو أكثر وكذا كل طلاق يوقعه الحاكم إلا لإيلاء أو عسر.

و

المطلقة (بالثلاث) في مرة أو مرات (لا تحل إلا من بعد زوج الذي تخلى) عنها وطلقها فقوله: للذي متعلق بتحل وبالثلاث متعلق بمحذوف كما قدرنا، وإنما تحل بعد زوج بشروط وهي أن يكون الزوج بالغاً وهي مطيقة ويطؤها وطأً مباحاً بانتشار ومغيب حشفة في نكاح لازم وعلم خلوة وزوجة فقط ولو خصياً أو بغير إنزال خلافاً للحسن البصري. الباجي: يكفي مغيب الحشفة في الفرج أو قدرها من مقطوعها وإن لم يترل مع الانتشار. (وهو) أي الثلاث (لحر منتهى الطلاق وحكمها) أي الثلاث من كونها لا تحل إلا بعد زوج (ينفذ) ويمضي (بالإطلاق هب أنها) أي سواء كانت (بكلمة قد جمعت) فيها كقوله: هي طالق ثلاثاً أو البتة ولا عبرة بخلاف من خالف في ذلك (أو طلقة من بعد أخرى وقعت) ومفهوم الحر أن العبد منتهى طلاقه اثنتان فلا تحل له بعدهما حتى تنكح زوجاً غيره، وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة فيهما.

و

طلاق (موقع) بالفتح و(ما) زائدة (دونها) أي الثلاث (معدود بينهما) أي الزوجين، فإذا طلقها واحدة ثم راجعها كانت معه على طلقتين أو اثنتين كانت معه على واحدة، ولو تزوجت غيره خلال ذلك (إن قضى التجديد) للنكاح بينهما لأن نكاح الأجنبي لا يهدم إلا الثلاث، ومقتضى الشيخ (م) أنه بكسر القاف وما نكرة أو موصولة، والمعنى وموقع طلاقاً

دون الثلاث معدود عليه أن قضى التجديد بينهما اه. والصواب أن بينهما متعلق بمعدود لا بتجديد، ويلزم عليه تقديم معمول الشرط على أداة الشرط وهو ممنوع.

فصل

والخلع

وهو الطلاق بعوض (سائغ و) كذا (الافتداء) والمباراة لا فرق بينهما إلا أن أهل التوثيق والأحكام فرقوا بينهما والتفرقة مجرد اصطلاح، ومشى عليه الناظم فقال: (فالافتداء بالذي تشاء) من صداقها فتمسك بعضاً وتعطيه بعضاً (والخلع باللازم في الصداق) من كالىء أو حال فتبرئه منه (و) اللازم في (حمل) إن كان وهو نفقة الحمل الواجبة (أو) اللازم في (عدة) وهو كراء المسكن وعنه يعبر الموثق بقوله: وبخراج عدتها (أو إنفاق) على الولد مدة زائدة على الرضاع قال في المقرب قلت: فما المباراة وما الخلع وما الفدية. فقال: المباراة أن تقول الزوجة لزوجها قبل البناء خذ ما أعطيتني واتركني، والخلع أن تختلع بكل الذي لها والفدية أن تفتدي ببعض وتمسك بعضاً.

قلت: أفيحل للزوج ما أعطته على ذلك؟ قال: نعم إذا لم يكن عن إضرار منه بها. قال مالك: وما رأيت أحداً ممن يقتدي به يكره أن تفتدى المرأة بأكثر من صداقها. **وقال تعالى: فلا جناح عليهما فيما افتدت به}** (البقرة:229) قال الشارح: واختصر المصنف ذكر المباراة وهي في المدونة مع الخلع والفدية في نسق واحد قلت: فلو زاد:

ودفعها قبل البنا ما أعطيت

هو المباراة على ما رويت

لأفادها.

وليس للأب إذا مات الولد

الذي خولعت على أن ترضعه أو تنفق عليه (شيء) تعطيه لأبيه (وذا به القضاء في المدد) لأن المقصود هو أن يكفي الأب مؤنته وقد كفى.

والخلع بالانفاق

على ولدها منه حال كونه (محدود الأجل) كأربع سنين مثلاً (بعد الرضاع) أو إلى البلوغ فيه خلاف مذهب المدونة، وقول ابن القاسم وروايته عدم الجواز ويسقط الزائد على الحولين. وقال المغيرة وسحنون وأشهب وابن الماجشون: ذلك جائز و(بجوازه العمل) وهو الصواب عند الشيوخ حتى قال ابن لبابة الخلق كلهم على خلاف قول ابن القاسم وروايته، وروى ابن زياد: يجوز في العامين وما قاربهما لا أكثر، وقال أصبغ: أكرهه فإن وقع أمضيته، وإذا مات الولد في هذه قبل المدة فلا شيء لأبيه، وإن ماتت هي وقف من مالها كما سيأتي في كلام الناظم بخلاف قوله: (وجاز قولاً واحداً) عند ابن القاسم وغيره (حيث التزم ذاك) أي نفقة أربع سنين أو ست مثلاً عاش الولد أو مات وهو معنى قوله: (وإن مخالع به) أي بسبب الإنفاق عليه (عدم) أي مات فإذا مات الولد في هذه أخذ الأب ذلك منها مشاهرة حتى يتم الأجل، وإن ماتت هي أخذ من مالها باقي نفقته للمدة المشترطة من غير إيقاف. ثم اعلم أن النسخ اختلفت فيما بين هذا البيت وبين قوله: وموقع الثلاث، فالذي في النسخ الموجودة بأيدينا بتقديم قوله: والبكر ذات الأب لا تختلع. إلى آخر الأبيات التسع على قوله: وللأب الترك من الصداق، والذي في نسخة الشارح ومن تبعه بتقديم هذا إلى تمام عشرة أبيات على قوله: والبكر الخ، ولنمش ههنا على ما للشارح فإنه أدرى بنسخة أبيه.

وللأب

دون غيره من وصي أو ولي (الترك من الصداق) الذي أنفق عليه مع الزوج لابنته حالاً أو مؤجلاً إذا رأى ذلك سداداً ونظراً. قاله ابن القاسم وقال مالك: للأب أن يزوج البكر بأقل من صداق مثلها على النظر ولا يحط من الصداق بعد العقد إلا على الطلاق أو بعد وقوع الطلاق قبل البناء. كما أشار له الناظم بقوله: (أو وضعه للبكر في الطلاق) ل **قوله تعالى: فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون}** (البقرة:237) أي المالكات لأمر أنفسهن أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح} (البقرة:237) والسيد عند مالك. وقال الشافعي: هو الزوج ومعنى عفوه أن يعطي الصداق كاملاً مع طلاق وإلى المسألتين أشار (خ) بقوله: وجاز عفو أبي البكر عن نصف الصداق قبل الدخول وبعد الطلاق، ابن القاسم: وقبله لمصلحة وهل هو وفاق؟ تأويلان ومن ذلك في قوله:

والبكر وحدها تخص ههنا

بعفوه عن مهرها قبل البنا

يريد: وبعد الطلاق كما أفاده ههنا.

فصل

ويلزم الطلاق بالتصريح

أي بالإتيان بلفظ الصريح وهو ما فيه الطاء واللام والقاف كطلقك وأنا طالق أو أنت مطلقة أو الطلاق لي لازم لا منطلقة (وبالكنايات) الظاهرة وهي ما دل عليه عرفاً كسرحتك وفارقتك وأنت حرام أو بتة أو خلية أو برية، وبالكنايات الخفية وهي ما دل عليه مع احتمال نحو: اذهبي وانصرفي وأنت حرة وألحقي بأهلك ويلزم أيضاً بما ليس بصريح ولا كناية من كل كلام نواه به نحو: اسقيني الماء، وقوله: (على الصحيح) راجع لقوله: وبالكنايات، وقد اختلف فيها في القدر اللازم منه في بعضها كأنت حرام مثلاً هل الثلاث أو واحدة وفي النية في ذلك كما اختلف في أصل اللزوم، فعن أصبغ لا يلزم في تحريم الزوجة شيء كتحريم الطعام. واعلم أنه إذا قال: لم أرد بالصريح أو بشيء من الكنايات الطلاق، وإنما قال: أردت كذا صدق في الكناية الخفية و لم يصدق في الكناية الظاهرة ولا في الصريح قاله ابن سلمون. يريد إلا لقرينة كما لو كانت موثقة، وقالت: طلقني. فقال: أنت طالق أو سرحني فقال: سرحتك أي ستطلقين أو تسرحين. واللفظ أحد أركان الطلاق الأربعة. وثانيها: القصد إلى التلفظ به مع معرفة معناه لا أن هذى لمرض أو لقن بلا فهم. وثالثها: المحل وهو العصمة المملوكة تحقيقاً أو تقديراً عند مالك كقوله لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق وإن دخلت الدار ونوى بعد نكاحها فيلزم لا إن لم ينو ذلك فلا شيء عليه. ورابعها الأهل أي: الزوج، وشرطه أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً فلا يصح ولا يلزم طلاق الكافر ولا الصبي، ولا فاقد العقل بجنون أو إغماء أو غيرهما إلا أن يكون فقده بسكر حرام أدخله على نفسه فيلزم على ما أشار له بقوله:

وينفذ

الطلاق (الواقع من سكران مختلط) أي معه ضرب من التمييز قال المازري: وهناك رواية شاذة أنه لا يلزمه فإن لم يميز السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون قاله ابن رشد. (كالعتق والأيمان) تشبيه في لزومهما للسكران المذكور قال في التوضيح: وتحصيل القول فيه أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات والعقود، قال في البيان: وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال اه. ابن عاشر: لا يلزم السكران إقرار عقود، بل ما جنى عتق طلاق وحدود (و) ينفذ أيضاً الطلاق الواقع (من مريض) وإن كان غير جائز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن إخراج وارث، ولذا يعامل بنقيض قصده فمتى ماتت هي لم يرثها (ومتى من) ذلك (المرض) الذي طلقها فيه (مات فللزوجة) المطلقة (الإرث مفترض) لها شرعاً وهو الربع أو الثمن، وقضى به عثمان لامرأة عبد الرحمن، ولو انقضت عدتها أو تزوجت غيره أو طلقها الثاني كذلك في المرض أو الثالث ورثت أزواجاً، وإن كانت في عصمة إلا أن يصح المطلق بعد الطلاق صحة بينة فلا ترثه إن مات بعد وترث المريض. (ما لم يكن) الطلاق في المرض (بخلع) دفعته له (أو تخيير) منه لها وهو مريض فاختارت نفسها (أو) يكون الطلاق في (مرض ليس من المحذور) لخفته، أو لكونه يعيش منه زماناً كمقعد ومجذوم ومفلوج يقبل ويدبر ويخرج ويركب ويسافر، فهذه لا ترثه لأنه في حكم الصحيح، وما ذكره الناظم من عدم إرثها في المرض الغير المخوف صحيح غير مسلم، وما ذكر في الخلع والتخيير غير معتمد لأنه خلاف

المنصوص في الخلع، وخلاف مذهب المدونة في التخيير. ابن عرفة: وخلع المريض يلزم وفي إرثها إياه المنصوص وتخريج اللخمي من قول المغيرة في الحانث في مرضه لا ترثه، وفي المدونة إن ملكها في مرضه أو خيرها فاختارت نفسها أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه، فإنه لا يرثها إن ماتت وترثه هي إن مات من ذلك المرض لأن الطلاق جاء من قبله اه (خ): ونفذ خلع المريض وورثته دونه كمخيرة ومملكة فيه ومولى منها ومع عنة أو أحنثته فيه.

والخلف في مطلق هزلاً وضح

قيل: يلزمه وهو المشهور لقوله صلى الله عليه وسلم: «ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة». وقيل لا يلزمه (ثالثها) يلزمه (إلا أن الهزل اتضح) بحيث لم يكن معه احتمال وجد ومثله في عدها ثلاثة لابن شاس وابن الحاجب. قال ابن عبد السلام: والذي حكاه غير واحد إنما هما قولان. والثالث تقييد للثاني (ومالك ليس له) أي للطلاق (بملزم لمكره) بالفتح (في الفعل) أي على إيقاع الطلاق (أو في القسم) أو الحلف كقوله: هي طالق أو عليه الطلاق إن فعل كذا فلا شيء عليهما لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا طلاق في إغلاق» أي: إكراه وهي التي امتحن فيها مالك رضي الله عنه أمره الخليفة أن لا يفتي بذلك، ثم دس إليه من سأله فأفتاه على رؤوس الناس والإكراه ههنا بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو صفع لذي مروءة بملأ أو قتل ولده أو لماله، وهل إن كثر تردد.

وكل من يمينه

أي حلفه (ب)الأيمان (اللازمة) أو الأيمان تلزمني أو أيمان البيعة أو أيمان المسلمين، فقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال: على ما ذكره الناظم الأول تلزمه الثلاث قاله أبو بكر بن عبد الرحمن، وصححه التونسي واللخمي والمازري وعبد الحميد. وقال الباجي: هو الأظهر وإليه أشار بقوله: (له الثلاث في الأصح لازمه وقيل بل) اللازم له طلقة (واحدة رجعية) وكل هذا (مع جهله) لمدلول اللفظ (وفقده للنية) أما إذا نوى شيئاً أو علم أنها تشمل الطلاق والعتق وغيرهما فإنه يلزمه ما نواه أو علمه (وقيل بل) اللازم له طلقة (بائنة وقيل بل) يلزمه (جميع الأيمان) طلاق من في عصمته وعتق من يملكه وصدقة بثلث ماله ومشي لحج وكفارة يمين وصوم سنة إن اعتيد الحلف فيه به وكفارة الظهار (و)هذا القول قال الناظم (ما به عمل) وما نافية مع أنه المشهور عند (خ): وعن الطرطوشي وابن العربي والسهيلي أن عليه ثلاث كفارات. قال الطرطوشي: ولا يلزمه طلاق ولا عتق إلا أن ينويه، وعن ابن عبد البر أن عليه كفارة يمين بالله، وعن الأبهري أنه لا يلزمه غير الاستغفار، وأفتى به ابن سراج، وقبله الحميدي والسراج وقالا: إن من قلد ذلك فهو مخلص وتأمله مع ما تقرر من أن العمل بالراجح واجب لا راجح، والصحيح عن ابن سراج أنه أفتى بطلقة وفي العمليات:

وعدم اللزوم في أيمان

لازمة شاعت مدى الزمان

ونقل في الشرح كلام الحميدي والسراج ثم قال: وقد أفتى به شيخنا ميارة حسبما وقفت عليه بخطه، وأفتى به شيخنا الوالد فيما تلقيته منه. وقال شيخنا أبو عبد الله بن سودة: إن الذي يظهر أن المسألة نظير اليمين حيث لم يكن عرف كان فيه كفارة يمين بالله، ولما تكرر العرف في زمن ابن عاصم كان فيه الطلاق، وكأنه صرفه إلى تحريم الزوجة وكان التحريم يصرف للثلاث. كما في المختصر وربما صرف في بعض البلاد والأزمان إلى الطلاق وهو الرجعي أو البائن، وهو سبب اختلاف الأقوال فإن لم يكن عرف فمقتضى العموم أن أل للاستغراق وإلا كانت أل للعهد الذهني انتهى باختصار. وقال ابن المناصف: إن نوى عموماً أو خصوصاً لزمه منويه وإن نوى مسماها عرفاً عاماً إن منه الطلاق وهو أكثر الواقع في زمننا فطلقة واحدة. وقال الشارح: لم تزل الفتيا على عهد شيخنا أبي القاسم بن سراج رحمه الله صادرة بلزوم الواحدة في الزوجة للحالف باللازمة إذا حنث، ولم تكن له نية في الثلاث على وفق الأشياخ الثلاثة القابسي وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي، ومن وافقهم من أشياح الأندلس، وربما يستظهر بتحليف الحانث على عدم علمه الحكم فيها اه. والظاهر أنها بائنة لما يأتي عن الشرح من أن الناس لا يعرفون اليوم الطلاق الرجعي.

والبكر ذات الأب لا تختلع إلا بإذن حاجر

لها وهو أبوها (وتمنع) من الخلع بغير إذنه ولا يلزم إن وقع وبانت (وجاز) الخلع (إن أب عليها أعمله) ومثلها البكر المدخول بها إذا لم تطل إقامتها وطلقت قبل المسيس لأن له جبرها على النكاح، وكذا الصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ على القول يجبرها وشمل الثلاثة قول (خ) وجاز من الأب عن المسرة بخلاف الوصي، وفي خلع الأب عن السفيهة خلاف. اقتصر الناظم منه على أنه لا يجوز إلا أن يكون بإذنها ورضاها فقال: (كذا) أي يجوز خلع الأب (على الثيب بعد الإذن له) منها وهو قول ابن العطار وابن الهندي، وقال ابن أبي زمنين وابن لبابة: يجوز منه عليها لأنها بمنزلة البكر ما دامت في ولايته. ابن راشد: والأول هو المعمول به اه. وقوله بخلاف الوصي يعني على المشهور كما أفهمه الناظم أيضاً، وقال ابن عرفة: وفي خلع الوصي عن يتيمته دون إذنها. ثالثها إن لم تبلغ ثم قال: فالأرجح عقده على الموصي برضاها لا عليها بإذنه.

وامتنع الخلع على المحجور

البالغ فلا يجوز لأبيه ولا لوصيه أن يخالع عنه (إلا بإذنه على المشهور) ومقابله يمضيه عليه مثل ما مرّ في النكاح (والخلع جائز على) الأولاد (الأصاغر مع أخذ شيء) من الزوجة أو وليها (لأب أو حاجر) متعلق بجائز ولا يجوز للأب ولا للوصي أن يطلق على الصغير إلا بعوض فينفذ ويعد عليه طلقة (ومن يطلق زوجة وتختلع) نفقة (ولد منه) متعلق بتختلع (له) أي للزوج صفة لولد فصل بينه وبين موصوفه بأجنبي ضرورة (ويرتجع) له المطلق في العدة أو بعدها (ثم يطلقها) بعد أن عادت نفقة ابنه عليه كنفقتها (فحكم الشرع) إذا طلقها (أن لا يعود حكم ذاك الخلع) الأول، وهو لزوم إنفاقها على الولد إلا أن تلتزم له ذلك ثانياً.

وإن تمت ذات اختلاع

أي من خالعت زوجها على أن تحملت بنفقة ولدها منه لمدة معلومة ثم ماتت أثناءها (وقفا) فالنفقة دين عليها فيوقف (من مالها) المتروك (ما فيه للدين وفا للأمد الذي إليه التزما) هو الإنفاق (و) إن كان عليها ديون ف(هو مشارك به) أي بدينه (للغرما) ولا يقال هي عطية لم تجز فتبطل بالموت لأنا نقول: ليس بهبة، وإنما هو ثمن العصمة. وهذا بخلاف من التزم نفقة صبي أو غيره إلى مدة ثم مات الملتزم أو فلس، فإنه يبطل الالتزام ولا يؤخذ من ماله شيء لأنه لم يكن في مقابله عوض، وغلط بعضهم فلم يفرق بينهما، وذلك منصوص في البيان والتنبيهات. انظر الالتزامات للحطاب. (وموقع الثلاث في الخلع) أي على التي خالعته بألف مثلاً على أن يطلقها واحدة فأخذ الألف وطلقها ثلاثاً (ثبت) طلاقه ولزم (والخلع رد إن أبت) الثلاث وكرهتها، وسواء كان هو كارهاً للطلاق أو راغباً فيه خلافاً للخمي لأن الثلاث تعيبها لامتناع كثير من الناس من تزوجها خوف جعلها إياه محفلاً فتسيء عشرته ليطلقها، فتحمل للأول. وعكس كلام الناظم لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلق واحدة استحق الألف على المنصوص قاله في الجواهر، وعليه اقتصر المؤلف.

فصل

وموقع الطلاق

بأن قال أنت طالق (دون نية) منه لواحدة أو أكثر (بطلقة) واحدة (يفارق الزوجية) ولا يلزمه أكثر منها (وقيل بل يلزمه أقصاه) أي أقصى الطلاق وهو الثلاث احتياطاً قال الناظم: (والأول الأظهر لا سواه) لأنه قد حصل بها مسمى الطلاق فلا وجه لالتزامه أكثر، والقولان ذكرهما ابن رشد في طلاقي السنة. قال الشارح: وعلى الأول فهل تكون رجعية يرتدف عليها ما أوقعه في عدتها أو بائنة؟ وهو الأظهر لعدم معرفة الناس اليوم الطلاق الرجعي فلا يرتدف عليها شيء، ثم أشار إلى من تزوج امرأة ثم التزم لها بعد عقد النكاح أن ينفق على ولدها الصغير مثلاً ثم طلقها وسقط ذلك عنه ثم راجعها فإنه يرجع عليه ذلك فقال: (وما امرؤ لزوجة يلتزم مما) أي من الأمور التي (زمان عصمة يستلزم)ها ويأتي مثاله في البيت بعده ولو قدمه كان أولى (فذا) أي فهذا الملتزم بالكسر (إذا) كان طلق (دون الثلاث طلقاً زال) بالطلاق عنه ما التزمه (وإن راجع) الزوجة (عاد) عليه ما كان التزمه أولاً (مطلقاً) اشترط عوده عليه ثانياً أم لا وذلك الملتزم بالفتح (مثل حضانة) لأولادها (والإنفاق على أولادها) من غيره وكسوتهم وسكناهم فإن لم يتعرضا للكسوة، فهل تدخل في النفقة أو لا؟ رجح ابن عرفة دخولها وفي ذلك قلت:

وتدخل الكسوة في الإنفاق

على المرجح لدى الإطلاق

ومثل شرط جعلا

لها كأن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى وإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها فإذا طلقها ثم راجعها عاد عليه متى كان الطلاق دون الثلاث كما قال الناظم: فإن طلقها ثلاثاً ثم عادت بعد زوج لم يعد عليه شيء مما كان ملتزماً لأنها كأجنبية.

فرع: وليس لها أن تسقط عن الزوج نفقة أولادها حيث عادت ولا ينفعه ذلك، وكذا لو كان الشرط طلاق من يتزوجها لأنه حق لله.

كذا

أي كما يعود على الزوج ما كان تطوع به زمن العصمة من إنفاق على أولاد أو غيره (جرى العمل في التمتيع) أي ما متعت به المرأة زوجها بعد العقد من دار يسكنها أو ضيعة يستغلها لا في العقد ففاسد فيهما كما مر، ثم طلقها فزال عنه ثم راجعها جرى العمل (بأنه يرجع) له التمتيع (بالرجوع) إذ لا فرق (و) لكن (شيخنا) وهو شيخ الشيوخ (أبو سعيد) بن لب الثعلبي الغرناطي إمامها (فرقا بينهما رداً على من سبقا) ممن سوى بين تمتيع الزوجة للزوج والتزامه لها وهو الجزيري صاحب المقصد المحمود. (وقال) عطف على فرق أي فرق وقال (قد قاس) الجزيري (قياساً فاسداً من جعل البابين باباً واحداً) مع اختلافهما ووجود الفرق بينهما (لأنه) أي التمتيع من الزوجة للزوج (حق له قد أسقطه) باختياره إذ طلقها (فلا يعود دون أن يشترطه وذاك) أي ما كان للزوجة عليه من الالتزام. (لم يسقطه مستوجبه) وهو الزوجة أو أولادها (فعاد عندما بدا موجبه) وهو المراجعة. وأثبت الناظم صلة غير الفتح في الإضمار ضرورة على حد قوله:

ومهمه مغبرة أرجاؤه

كأن لون أرضه سماؤه

وقال الناظم: (والأظهر) ما قاله الجزيري وهو (العود)أي عود التمتيع (كمن تختلع) فإنها مختارة للفراق ومع ذلك (فكل ما تتركه) من الشروط بفراقها (مرتجع) برجعتها لا ما تركته من حالها من كالئ أو غيره فإنه لا يرجع برجعتها إلا أن تشترطه ولا قائل بعوده. والحاصل أن المطلقة تعود لها بالمراجعة شروطها ما بقي من العصمة شيء، وكذا التمتيع يعود للزوج عند الجزيري، ورده أبو سعيد بأن التمتيع أسقطه باختياره حيث طلقها والزوجة تطلق جبراً عليها إذ لا اختيار لها فيه لأنه بيده، ورده الناظم بالمختلعة فإنها تفارق باختيارها ومع ذلك تعود لها شروطها، وهو ظاهر. هذا تحرير المقام على ما ينبغي والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في التداعي في الطلاق

في السببية أي التداعي الحاصل بسبب الطلاق (والزوج إن طلق من بعد البناء) أي: بعد أن خلا بزوجته خلوة اهتداء بأن سبقت إليه وأرخى الستر عليها وخلى بينه وبينها ثم طلقها فادعت الوطء لتأخذ الصداق كاملاً ونفاه هو وقال: لم أمسها وهو معنى قوله: (ولادعاء الوطء رد) أي ورد هو ادعاءها الوطء وزعم أنه لم يطأ فلام لادعاء زائدة لتقوية العامل الذي ضعف بسبب تأخره ك

قوله تعالى: إن كنتم للرؤيا تعبرون} (يوسف:43) (معلناً) حال من فاعل رد وهو تتميم (فالقول قول زوجة) ولو كانت مع الخلوة حائضاً أو محرمة أو نحو ذلك مما لا يحل وطؤها معه (وتستحق بعد اليمين) لأن إرخاء الستر شاهد عرفي فتحلف معه وتستحق (مهرها الذي يحق) لها وهو الحال أو ما حل عند حلفها، وتستحق المؤجل عند حلول أجله فإن نكلت حلف هو وسقط عنه نصف الصداق وهو قوله:

وإن يكن منها نكول فالقسم عليه والواجب نصف ما

كان (التزم) من الصداق لأنه حينئذ طلق غير مدخول بها، فإن نكل كان نكوله تصديقاً لها ولزمه حينئذ جميعه وهو قوله: (ويغرم الجميع مهما نكلا) فالألف للإطلاق، ويصح أن تكون للتثنية هذا كله في خلوة الاهتداء، فإن كانت خلوة زيارة فالقول للزائر منهما على المشهور كما قال: (وإن يكن) الزوج قد خلا بها زيارة (لا لابتناء قد خلا فالقول قول زائر) فإن زارته وادعت المسيس فالقول قولها وإن زارها أو كانا زائرين معاً فالقول قوله وعلته العرف، فإن الرجل إنما ينشط في بيته غالباً قال القاضي أبو محمد: وكل من حكم بقوله فلا بد من يمينه اه. (وقيل بل) القول (لزوجة) في خلوة الزيارة مطلقاً كانت في بيته أو بيتها كخلوة الاهتداء وإليه رجع مالك: (وما عليه منه عمل ومن كسا الزوجة) الكسوة الواجبة عليه (ثم طلقا) طلاقاً بائناً ولا حمل بها، ولما طلقها أراد أن يأخذ الكسوة (يأخذها مع قرب عهد) أي إن قرب زمان الطلاق من زمن الكسوة بأن يكون بينهما أقل من ثلاثة أشهر (مطلقاً) خلقت أم لا (والأخذ إن مرت لها شهور ثلاثة فصاعداً محظور) أي ممنوع فلا سبيل له إليها بخلاف النفقة فله أخذها.

تنبيه: كلام الناظم في الطلاق ومثله الموت كما في المدونة (خ) وردت النفقة لا الكسوة بعد أشهر، ابن فتحون: وهذا في الكسوة التي يفرضها القاضي، وأما ما كساها الزوج على وجه الهدية فلا شيء له فيها خلقت أم لا قرب عهدها أو بعد وهي موروثة عنها، فإن اختلفا فقال الزوج: هذه الكسوة مما فرض علي وقالت هي: بل مما أهديتها كان القول قول الزوج بيمينه إلا أن تكون الكسوة مما لا يفرض مثلها القاضي فيكون القول قولها اه. وإلى هذا الأخير أشار الناظم بقوله:

وإن يكونا

أي الزوجان أو ورثتهما (اختلفا في الملبس) فقالت: أهديته لي وقال هو مما فرض علي (فالقول قول زوجة في) الثوب (الأنفس) الذي لا يفرضه القاضي لها (والقول للزوج بثوب ممتهن) الباء بمعنى «في» وقولنا طلاقاً بائناً احترازاً من

الرجعية فإنها كالزوجة لها النفقة والكسوة، وقولنا: ولا حمل بها احترازاً من الحامل البائن، فإن لها النفقة والكسوة إلى أن تضع كما أفاده بقوله:

وليس ذات الحمل بالحمل اقترن وحيثما خلفهما في الزمن

الذي كساها فيه هل مضى له ثلاثة أشهر ليوم الطلاق أم لا؟ فالأصل عدم مضيها و(يقال للزوجة فيه) أي في هذا الاختلاف (بيِّني) أي اثبتي البينة ومضي الأشهر فإن أثبتته استحقت وإلا حلف وأخذها وهو قوله: (وعجزها) عن الإثبات (يمين زوج) أنه ما كساها إلا منذ شهرين مثلاً (يوجب) هو أي العجز (وإن أراد) هو (قلبها) أي اليمين عليها (فتقلب) أي اليمين لأنها دعوى تحقيق، فإن حلفت استحقت وإلاَّ فلا شيء لها لأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

فصل

ومن يطلق طلقة رجعية ثم أراد العود للزوجية

أي أراد رجعتها فزعمت انقضاء عدتها وأنها قد بانت وكذبها في ذلك (فالقول للزوجة واليمين على انقضاء عدة تبين) بضم التاء أي عصمتها وهو خبر عن قوله: واليمين، وهذا إذا اعتدت بالإقراء وادعت الانقضاء فيما يمكن غالباً كثلاثة أشهر، فإن أمكن نادراً كشهر سئل النساء، وقال سحنون: أقل ما تصدق فيه أربعون يوماً. وقال ابن الماجشون: خمسون يوماً، وإن ادعته فيما لا يمكن كأقل من شهر، فأقول له وتصح رجعته وهو قوله:

ثم له ارتجاعها حيث الكذب مستوضح من

أجل (الزمان المقترب) ابن فتحون: إن استبان كذبها لقصر المدة راجعها على ما أحبت أو كرهت اه. وما ذكره الناظم من اليمين هو ما حكاه ابن الهندي عن مقالات ابن مغيث، وليس بمشهور ولا معمول به (خ): وصدقت في انقضاء عدة الإقراء والوضع بلا يمين ما أمكن، وفي اختصار المتيطية قال في الكتاب: وقضى عثمان بن أبان في مطلقة ادعت انقضاء عدتها بعد خمسة وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف وليس العمل على أن تحلف قال في غير المدونة: ولا تصدق في أقل من ذلك وبه جرى عمل الشيوخ اه. وهو مراد الزقاق بقوله:

وذات قرء في اعتداد بأشهر

أي: لا تصدق في أقل من بثلاثة أشهر، لا أنها تخرج من العدة بثلاثة أشهر ولو لم تحصل الإقراء الثلاث، فإن هذا لم يقله أحد، وهو خلاف نص القرآن العظيم اه. (وما ادعت من ذلك) أي من انقضاء عدتها (المطلقة بالسقط) متعلق بالانقضاء المعبر عنه بذلك (فهي أبداً) أي قرب الزمان أو بعد (مصدقة) ويريد بلا يمين كما مر (ولا يطلق العبيد) أي: لا يطلق على العبيد زوجاتهم فهو منصوب على إسقاط الخافض (السيد) لأن الطلاق لمن أخذ بالساق (إلا) العبد (الصغير) فلسيده أن يطلق عليه بالخلع وهو معنى قوله (مع شيء يرفد) بالبناء للمجهول أي يعطى للعبد.

وكيفما شاء

العبد (الكبير طلقا) بخلع أو بغيره واحدة أو أكثر في مرة أو أكثر غير أنه لا يبلغ الثلاث (و) إنما (منتهاه) أي منتهى طلاقه (طلقتان مطلقا) أوقعهما في رقه أو واحدة في رقه، والأخرى بعد عتقه أما إن لم يطلق شيئاً حتى عتق فهو حر له الثلاث، وشمل الإطلاق أيضاً القن، وذا الشائبة، ومن زوجته حرة أو أمة، لأن الطلاق معتبر بالرجال والعدة معتبرة بالنساء، ثم إن بانت زوجة العبد منه لم يكن له ردها إلا برضا سيده ووليها كابتداء نكاح، وإن كان طلقها رجعياً و لم تنقض عدتها كان له أن يستقل بردها وهو قوله: (لكن في الرجعى الأمر بيده دون رضا وليها وسيده) لأن العصمة التي أذن له سيده فيها ما زالت بيده وليست الرجعة كابتداء نكاح (والحكم في العبيد كالأحرار في غاية الزوجات) فكما للحر أن يتزوج أربعاً كذلك (في) القول (المختار) قال مالك: أحسن ما سمعت فيه أن له أن يتزوج أربعاً إن شاء إماء وإن شاء حرائر وقال ابن وهب: الثالثة للعبد كالخامسة للحر قياساً على طلاقه ووجه المشهور عموم الآية: **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع}** (النساء:3) وقال في الذخيرة: للعبد مع الحر أربع حالات: تشطير كالحدود ومساواة كالعبادات ومختلف فيه كعدد الزوجات وأجل الإيلاء والعنة والفقد وحد القذف، فعلى النصف في جميع ذلك عند مالك وقيل بالمساواة وحالة سقوط كالزكاة والحج اه. وإذا كان الأبوان حرين أو عبدين فالولد تابع لهما فإن اختلفا تبع الأم، فإن كانت حرة والأب عبد فالولد حر وإن كانت أمة والأب حر فالولد رقيق وهو قوله: (ويتبع الأولاد في استرقاق) عند اختلاف الأبوين (للأم لا للأب بالإطلاق) أي كانت حرة أو خالصة الرق أو ذات شائبة قال في الرسالة وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها، ولا يستثنى من ذلك إلا الموطوءة بملك لسيدها الحر والغارة لحر فإن ولدها حر. قال ابن حارث: أصل المذهب في الصبي أن حكمه في الرق والحرية حكم أبيه إن كان الفراش لملك

اليمين فإن كان فراش نكاح فحكمه حكم أمه في رقها وحريتها. وقال (خ) وولد المغرور الحر فقط حر (وكسوة ل)زوجة (حرة والنفقة عليه) أي على الزوج العبد. قال ابن المواز: لا خلاف أن على العبد أن ينفق على زوجته الحرة، ويقال له: أنفق أو طلق (والخلف بغير المعتقة) أي واختلف إذا كانت زوجة العبد أمة فقيل نفقتها على الزوج أيضاً. وهو المشهور، وقيل: على سيدها، وظاهر كلام اللخمي: أن الخلاف موجود في نفقة الحرة أيضاً لأنه قال: ويختلف إذا كانا عبدين فعلى القول بأنه لا نفقة على العبد للحرة لا نفقة عليه إذا كانت أمة (وليس لازماً له) أي العبد (أن ينفقا على بنيه أعبدا) كانوا جمع عبد (أو عتقا)ء جمع عتيق كشريف وشرفاء أي عبيداً كانوا أو أحراراً لأنهم إن كانوا أحراراً

فنفقتهم في مالهم إن كان لهم مال. وإلا فعلى المسلمين وإن كانوا أرقاء فنفقتهم على سيدهم، ولا يجوز لأبيهم أن يتلف مال سيدهم فقوله: وليس لازماً صوابه وليس جائزاً. اللهم إلا أن تكون الأم ملكاً لسيد أبيهم قاله في النوادر.

فصل في المراجعة بعد البينونة

وكابتداء

خبر مقدم لقوله (ما سوى) الطلاق (الرجعي) أي أن الطلاق البائن ابتداء أو بانقضاء العدة كابتداء النكاح (في) احتياجه (الإذن) منها أو مجبرها إن كانت مجبرة (والصداق والولي) والشهود (ولا) لو عبر بالفاء لأنه مفرع على ما قبله ومسبب عنه أي ولأجل كونه كابتداء نكاح لا (رجوع لمريضة) مرضاً مخوفاً لمنع النكاح في المرض (ولا) لمطلقة (بالحمل ستة الشهور) بالنصب مفعول به بقوله: (وصلا) قال في المعين: وإذا راجع الزوج زوجته المخالعة فلا بد من رضاها وولي وصداق إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر، فلا يجوز ذلك. وقال السيوري: له مراجعتها. المازري: وهو الذي نختاره لأن المرجع العوائد والهالك من الحمل قليل، ولو دخلت بلداً فسألت عن أمهاتهم لوجدتهم أحياء أو موتى بغير نفاس إلا النادر نقله المواق، وأما الرجعة فلا يشترط فيها شيء من ذلك (خ): يرتجع من ينكح وإن بكإحرام أو عدم إذن سيد طالقاً غير بائن في عدة الخ، ولا يمتنع ارتجاعها في المرض لأنها وارثة على كل حال.

وزوجة العبد

الأمة (إذا ما) زائدة أي إذا (عتقت) وهي تحت زوجها العبد فلها الخيار، فإذا أرادت الطلاق من زوجها (واختارت الفراق منه طلقت بما تشاؤه) من طلقة واحدة على قول وتكون بائنة أو اثنتين على آخر قال الحطاب: واعلم أنها إنما تؤمر بواحدة، فإن أوقعت اثنتين فقال المصنف: تمضي، وصوب اللخمي عدم المضي (ومهما عتقا) العبد بعد اختيار منها لنفسها (فما له من ارتجاع مطلقا) طلقت نفسها واحدة لأنها بائنة أو اثنتين لأنهما بتات العبد، فلو عتق قبل أن تختار فلا خيار لها (خ): وسقط صداقها قبل البناء، والفراق إن قبضه السيد أو كان عديماً وبعده لها كما لو رضيت.

فصل في الفسخ

أي فسخ النكاح الفاسد هل يعد طلاقاً أو لا؟ وهل يرث أحد الزوجين الآخر إذا مات قبل الفسخ أو لا؟ وهل تلزم فيه العدة أو لا؟ وكان اللائق أن لو قدم هذا وأدرجه في فصل حكم فاسد النكاح. (وفسخ) نكاح (فاسد) مختلف في فساده وهو معنى قوله: (بلا وفاق) أي غير متفق عليه كائن (بطلقة تعد في الطلاق) المتقدم على هذا الفسخ أو المتأخر عنه (ومن يمت) من الزوجين (قبل وقوع الفسخ في) ه(ذا) الفاسد المختلف فيه، وقبل أن ينظر فيه (فما لإرثه من نسخ) بل الإرث ثابت إلاَّ نكاح المريض فلا إرث فيه ولو مات الصحيح منهما قاله العصنوني فلو زاد المصنف:

إلا إذا ما كان من أجل المرض

هب أنه موت الصحيح قد عرض

وكذا نكاح الخيار لا إرث فيه أيضاً فيزاد:

كذا الذي فسخ من خيار

فإن هذا الحكم فيه جار

وفسخ ما

أي النكاح الذي (الفساد فيه يجمع عليه من غير طلاق يقع) وهذا الذي سلكه الناظم في تمييز ما يفسخ بطلاق من غيره هو ما رواه الأقل عن مالك، ورجع إليه ابن القاسم واقتصر عليه (خ) إذ قال: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار والتحريم بعقده ووطئه، وفيه الإرث إلا نكاح المريض لا إن اتفق على فساده فلا طلاق، ولا إرث كخامسة وحرم وطؤه فقط اه. وروى الأكثر عنه أن كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولي فسخه وإمضاؤه كإنكاح الأجنبي يرده الولي أو عيب بالزوجة أو الزوج فيخير الآخر فسخه بطلاق، وما كانا مغلوبين على فسخه كإنكاح العبد والمرأة ففسخه بغير طلاق، وصدر به ابن الحاجب وكل ما لأحد الثلاثة فسخه وإمضاؤه مختلف فيه بخلاف العكس، فإن نكاح المحرم والشغار من المختلف فيه، وهما مغلوبان على فسخه ففسخه بطلاق على الأول الذي مشى عليه الناظم لا على الثاني. (وتلزم العدة باتفاق لمبتنى بها) قال في المقرب: ولو تصادقا على نفي الوطء فلا تصدق في ذلك وتلزمها العدة لأنها لو أتت بولد لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ولا صداق لها لأنها لم تدعه اه. (على الإطلاق) أي سواء كان النكاح مجمعاً على فساده أو لا أما الثاني فلا إشكال، وأما الأول فهو ظاهر المقرب والمدونة لقولها: وما فسخ من نكاح أو ذات محرم، فالعدة في ذلك كله كالعدة في الصحيح، وعليه جرى ابن عرفة إذ قال في تعريف العدة مدة منع النكاح لفسخه، أو موت الزوج أو طلاقه ويظهر من كلام كثير أن ذلك إنما هو مجاز والمراد الاستبراء ويحسنه في كلام الناظم التغليب والله أعلم.

باب النفقات وما يتعلق بها

من كسوة وإسكان ووجوب وسقوط واختلاف ورجوع وحيث وجبت النفقة وجبت الكسوة والسكنى، وذلك داخل في حد ابن عرفة لها بقوله: النفقة ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف اه. إلا من التزم نفقة من لا تلزمه نفقته

كربيب مثلاً فقال ابن زرب: تلزمه كسوته، وقال ابن سهل وابن رشد وغيرهما: لا تلزمه لأن النفقة تخصصت عرفاً بالطعام دون الكسوة، أما في الشرع فشاملة لها بلا نزاع.

ويجب الإنفاق

بالزوجية والقرابة والرق فيجب (للزوجات) بالدخول مطلقاً أو الدعاء له وليس أحدهما مشرفاً مريضاً مرض السياق والزوج بالغ والزوجة مطيقة وتكون بقدر وسعه وحالها (في كل حالة من الحالات) كانت الزوجة غنية أو فقيرة حرة أو أمة بوئت أو لا كان الزوج حراً أو عبداً ونفقة العبد في غير خراج وكسب وقال أشهب: لا نفقة للأمة، وقيل: إلا أن بوئت ولا يدخل في العموم ما إذا كانت غير مطيقة أو غير ممكنة أو كان صبياً أو كان أحدهما مشرفاً ويجب الإنفاق بسبب القرابة للوالدين على الأولاد وللأولاد على الأب فقط. (والفقر شرط) في وجوب نفقة (الأبوين) على أولادهما ولو صغاراً أو بنات متزوجات ولا كلام للزوج فإن نوزعا فيه فلا بد من إثباهما لعدم بينة ولا يحلفان معها لأنه عقوق (والولد) أي: وشرط وجوب نفقة الولد ذكراً كان أو أنثى على أبيه يعني الحر مع كون الولد أيضاً حراً (عدم مال) أصلاً وعدم صنعة فإن كانت لا تكفيه أعطي تمام الكفاية. اللخمي: وإذا كسدت عادت على الأب.

و

يجب على الأب (اتصال) النفقة على أولاده (للأمد) الذي يسقطها ثم بينه بقوله: (ففي الذكور للبلوغ يتصل) فإذا بلغ سقطت نفقته، وهذا إذا بلغ عاقلاً قادراً على الكسب وإلا استمرت (وفي الإناث بالدخول ينفصل) أي ينقطع فإذا تأيمت الأنثى قبل البلوغ رجعت نفقتها على الأب وإلا لم ترجع، وقيل لا ترجع مطلقاً وقيل: ترجع إلى البلوغ. ابن الحاجب: ولو عادت بالغة أو عادت الزمانة للذكر لم تعد اه. ومثل الدخول الدعاء له الموجب لكونها على زوجها ونفقة أولاد العبيد على سيدهم والأحرار أولاد العبيد في بيت المال (والحكم في الكسوة) وجوباً وسقوطاً (حكم النفقة) فمتى وجبت على أحد ممن تقدم وجبت عليه الكسوة، ومتى سقطت النفقة سقطت الكسوة.

ومؤن العبد

أي والأمة من نفقة وكسوة جمع مؤنة (تكون) على سيده حال كونها (مطلقة) أي غير مقيدة بشيء دون شيء. قال في الرسالة: وعليه أن ينفق على عبيده ويكفنهم إن ماتوا اه. فإن أضر به في تجويعه أو تكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع عليه (ومنفق على صغير مطلقاً) أي كان له أب أو لا (له) أي للمنفق (الرجوع بالذي قد أنفقا على أب) مليء بحيث تلزمه نفقة ابنه (أو) على (مال الابن) أي أو في مال الصغير حيث كان له مال وليس له أب فإن كانا معاً ففي مال الابن وإن لم يف كملها الأب (أُبي) أي منع رجوع المنفق (إلا بعلم المال أو يسر الأب) قال المتيطي: يرجع

بستة شروط أن يكون للصغير مال حال الإنفاق، وأن يكون ماله غير عين، وأن ينوي المنفق الرجوع بنفقته، وأن يحلف على ذلك وأن تكون النفقة غير سرف اه. وقوله: وأن يكون غير عين هذا الشرط إنما هو في إنفاق الوصي أو الأب فيفرق حينئذ بين العين وغيرها، فإذا أنفق الوصي وتحت يده للمحجور ناض فليس له رجوع عليه، ويحمل على التطوع في نفقته لأن اليتيم غير محتاج إلى سلفه قاله ابن يونس. ومعناه والله أعلم: إذا مات الوصي و لم يعلم ما عنده وقوله: وإن ينوي المنفق الرجوع هذا أحد قولين وهو المعتمد، وبه جزم (خ) في باب النفقات إذ قال: وعلى الصغير إن كان له مال وعلمه المنفق وحلف أنه أنفق ليرجع وفي المعيار أثناء جواب للعبدوسي، وكذلك يرجع إذا أنفق و لم يرد رجوعاً ولا عدمه فإنه يحلف على ذلك ويرجع اه. وقد أشار له (خ) في باب اللقيط إذ قال: والقول له إن لم ينفق حسبة، وهناك ذكره ابن شاس وغيره انظر الجواهر، وقد نقله المواق أيضاً عن المدونة في قوله كمنفق على أجنبي ونصه عنها، وكذلك من أنفق على أجنبي مدة فله اتباعه بما أنفق إلا أن يعرف أنه أراد وجه الصلة والضيافة فلا شيء له اه.

ويرجع الوصي

حيث أنفق على محجوره (مطلقاً بما ينفقه) إلا طلاق راجع للوصي أي سواء كان وصي أب أو قاض أو للرجوع أي يرجع سواء أشهد أم لا كان في كفالته أم لا. (وما اليمين ألزما) ما نافية أي و لم تلزمه يمين، وهذا قول والراجح خلافه، وكان المصنف عقد في هذا البيت والذي بعده قول ابن سلمون وان كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع بذلك في ماله دون يمين تلزمه ولا إثبات له لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم، وقد قيل عليه اليمين وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانته له وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع. وروي أنه ليس له أن يرجع إلا أن يكون قد أشهد اه. وهذا خلاف ما في التوضيح وشراح المختصر. قال ابن الحاجب: ومهما نازعه الصبي في قدر النفقة فالقول قوله لأنه أمين. قال في التوضيح: يعني إن نازع الصبي في قدر النفقة، فالقول قول الوصي، وعلله بأنه أمين وقيده بقيدين في المدونة قال فيها: ويصدق في الإنفاق عليهم إن كانوا في حجره و لم يأت بسرف، وظاهر ما في زكاة الفطر من المدونة أنه لا يشترط كونهم في حضانته، لكن الأكثر على اعتبار هذا الشرط إلا ما استحسنه. اللخمي: من أن الأم إن كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الولي يصدق، وإن لم يكونوا في حجره، ولعل المصنف ترك القيد الأول لأنه فرض النزاع مع الصبي، ولو كانوا في غير حجره لكان نزاعه إنما هو مع من هم في حجره، وترك القيد الثاني للإحالة على القواعد، إذ كل من قبل قوله: فإنما ذاك إذا ادعى ما يشبه وإذا قلنا القول قوله فلا بد من حلفه نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما، واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ويسقط الزائد، فقال أبو عمران: لا يمين، وقال عياض: لا بد منها إذ قد يمكن أقل منه فأين قوله: وما اليمين ألزما، ولما قال في المتن: والقول له في قدر النفقة. أي إذا اختلفا فيه قال الزرقاني: وكذا في أصل الإنفاق أو فيهما

ومحل ذلك كله إذا كان في حضانته وأشبه وحلف وإلا لم يقبل قوله إلا ببينة اه.

و

منفق (غير موص) وأراد الرجوع (يثبت الكفالة) وأهم كانوا على مائدته أو الإنفاق ويحلف أنه أنفق ليرجع كما مر وهو قوله: (ومع يمين يستحق ماله).

فرع: لو تطوع رجل بالإنفاق على ابن زوجته فأرادت الزوجة أن ترجع على ابنها بذلك في حياته أو بعد مماته فلا شيء لها. لأنه معروف وصلة للربيب وفي ذلك قيل:

ومن بإنفاق الربيب طاع لا

رجوع للأم على ابن فاقبلا

فصل في التداعي في النفقة

ومن يغب عن زوجة ولم يدع نفقة لها وبعد أن رجع

من غيبته وطالبته بها لإنفاقها على نفسها إلى حين رجوعه (ناكرها في قولها للحين) وزعم أنه ترك لها ما تنفق منه أو أرسله لها (فالقول قوله مع اليمين) (خ): وحلف لقد قبضتها لا بعتها (ما لم تكن لأمرها قد رفعت) (خ) الحاكم لا لعدول أو جيران. ابن عرفة: استمر العمل في هذا أن الرفع للعدول كالرفع للحاكم، وأما الرفع للجيران فلغو. قال ابن غازي: في تكميل التقييد، والذي به العمل بفاس أنه لا بد من الرفع للحاكم وإلا فيكون القول قول الزوج في الإنفاق اه. فإذا رفعت للحاكم (قبل إيابه) أي الزوج من غيبته (يقوي) متعلق برفعت (ما ادعت فيرجع القول لها مع الحلف) لأن رفعها كشاهد عرفي فتحلف معه وتستحق. (والرد لليمين فيهما عرف) فمن كان القول له منهما فله أن يحلف وله أن يرد اليمين على الآخر، فإن حلف وإلاَّ فنكوله تصديق الناكل الأول هذا حكم ما أنفقته على نفسها. (وحكم ما على بنيه) الصغار منها (أنفقت) في غيبته وطالبته به بعد حضوره (كحكم ما لنفسها قد وثقت) فإن كانت رفعت لحاكم فالقول لها مع يمينها من يوم الرفع وإلا فله بيمينه ويفترقان إذا كان له دار مثلاً. وأرادت بيعها في غيبته فتباع في نفقتها دون نفقة الأولاد هذا كله إذا غاب عنها وهي في عصمته.

فإن يكن قبل المغيب طلقا فالقول قولها بذاك

أي في ذلك المذكور من إنفاقها على نفسها أو على أولادها (مطلقا) رفعت للحاكم أو لا (إن أعملت في ذلك اليمينا) أي إن حلفت على ما قالت (وأثبتت حضانة البنينا) ومفهوم من يغب أن يكون القول قوله من غير تفصيل للعرف (خ)

ولها طلبه عند سفره بنفقة المستقبل ليدفعها لها أو يقيم لها كفيلاً (فإن يكن) الزوج حين قدم من غيبته (مدعياً حال العدم طول مغيبه) وأنها سقطت بالعسر (وحاله) في الغيبة وفي وقت السفر (انبهم) أي لم ينكشف و لم يتضح أكان معسراً أو موسراً فثلاثة أقوال. الأول لابن القاسم وإليه أشار بقوله: (فحالة القدوم لابن القاسم مستند لها قضاء الحاكم. و)قادم (معسر مع اليمين) متعلق بقوله: (صدقاظ وموسر دعواه لن تصدقا) وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه. وهذا من الاستصحاب المعكوس وهو ضعيف عند الأصوليين، والقول الثاني لابن الماجشون أنه محمول على اليسار، والثالث أنه مصدق في عسره، وهو ظاهر قول سحنون، وإليه أشار بقوله: (وقيل بالحمل على اليسار) لأنه الغالب ولأن كل غريم ادعى العدم فعليه البينة (والقول بالتصديق أيضاً جار) وأما قوله (وقيل باعتبار وقت السفر والحكم باستصحاب حاله حري) فكان حقه أن يؤخره عن قوله: وقيل بالحمل الخ ويقول عوضاً منه:

وحاله إن علمت وقت السفر

فالقول في استصحابها دون نظر

لأن حاله في وقت السفر إذا علمت كان العمل عليها بلا نزاع حتى يثبت ما يخالفها وليس من محل الأقوال إذ هو مفهوم قوله: وحاله انبهم فذكره في ترداد الأقوال التي موضوعها انبهام الحال غير لائق.

فصل فيما يجب للمطلقات وغيرهن من الزوجات من النفقة وما يلحق بها

كالإرضاع وأجرته (إسكان) زوجة (مدخول بها إلى انقضا عدتها من الطلاق مقتضى) أي المدخول بها إذا طلقت تجب لها السكنى إلى أن تنقضي عدتها اقتضى ذلك كونها محبوسة بسببه. (وذات حمل) أي وإن كانت المطلقة البائن حاملاً (زيدت) مع السكنى (الإنفاقا) واستمرا معاً (لوضعها) إذ به انقضاء عدتها (و)زيدت أيضاً (الكسوة اتفاقا) والكسوة الدرع والخمار والإزار فإن قرب الوضع أعطيت بقدر ذلك من الكسوة ثمناً قاله مالك (خ): وفي الأشهر قيمة منابها (وما لها) أي النفقة (إن مات حمل) في بطنها واعترفت بموته (من بقا) لأن النفقة إنما كانت للحمل، وبهذا أجاب ابن دحون وابن الشقاق، وأفتى به البرزلي قائلاً صار بطنها كفناً له وحكم فيها القاضي ابن الخراز باستمرار النفقة لها، وأفتى به آخرون أما إذا مات الحمل بعد وضعه أو وضعته ميتاً فقد خرجت من العدة فلا نفقة لها ولا سكنى، فإن مات المطلق سقطت النفقة وبقيت السكنى وإليه أشار بقوله: (واستثن سكنى إن يمت من طلقا) قبل وضع الحامل أو انقضاء العدة، لأنه حق تعلق بذمة المطلق للمطلقة، فلا يسقطه الموت كسائر الديون كان المسكن له أو لا نقد كراءه أو لا وهذا كالاستثناء المنقطع لأن المستثني منه موت الحمل وهذا موت المطلق، وأيضاً الحكم في المستثنى وهو سقوط النفقة وبقاء السكنى هو الحكم في المستثنى منه ولو قال: إلا إذا مات الذي قد طلقا لصح. وكان مستثنى من البيت الذي قبله، وأما جعل الشيخ (م) الضمير في لها للمذكورات من النفقة والكسوة والسكنى ففيه نظر، وتقديره بما إذا وضعته ميتاً أو مات بعد الوضع خروج عن الموضوع لأن هذه انقضت عدتها.d

وفي

عدة (الوفاة تجب) للمتوفى عنها بعد الدخول حاملاً كانت أو لا (السكنى فقد) فحسب (في داره) أي مسكنه المملوك (أو ما) أي مسكن (كراءه نقد) فإن كان لم ينقد كراءه لم تكن أحق به قاله في المدونة، وهل مطلقاً أو إلا الوجيبة تأويلان. ولما ذكر أن الحامل المطلقة تجب لها النفقة والسكنى احتاج إلى بيان مدة الحمل لتشوق النفس لذلك فقال: (وخمسة الأعوام أقصى الحمل) ابن الحاجب على المشهور، وروي أربعة، وروي سبعة. وقال أشهب: لا تحل أبداً حتى تتبين براءتها من الحمل، وفي المدونة: ولا تنكح مسترابة البطن إلا بعد زوال الريبة أو بعد خمس سنين. قال أبو الحسن: وإن قالت أنا باقية على ريبتي لأن خمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل. قال الحطاب: وهذا إذا كانت الريبة هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ريح، وإما إن تحقق وجود الولد فلا تحل أبداً قاله اللخمي ونقله ابن عرفة.

وستة الأشهر في الأقل

ل

قوله تعالى: وحمله وفصاله ثلاثون شهراً} (الأحقاف:15) مع **قوله سبحانه: وفصاله في عامين}** (لقمان:14) فإذا حصلت مدة الفصال من الثلاثين بقي للحمل ستة أشهر (وحال) مطلقة (ذات طلقة رجعية) واحدة أولى أو ثانية أو اثنتين (في عدة) أي في زمن عدتها (كحالة الزوجية من) في (واجب عليه كالإنفاق) والكسوة وثبوت الميراث وارتداف الطلاق وانعقاد الظهار ولزوم الإيلاء فهي كالزوجة (إلا في الاستمتاع) بها فلا يجوز قبل نية ارتجاعها (بالإطلاق) أي لا بوطء ولا بما دونه كقبلة ولمس ونظر لذة ابن شاس هي: محرمة الوطء على المشهور. وقال أبو حنيفة: مباحته. (وحيث لا عدة للمطلقة) أي عليها كما لو طلقت قبل البناء أو كانت غير مطيقة أو هو مجبوب (فليس) على الزوج شيء (من سكنى ولا من نفقة) وقد بانت وحلت من حينها للأزواج فليست محبوسة لأجله حتى يسكنها أو ينفق عليها، وقد تجب عليها العدة ولا يكون لها سكنى، وذلك في دعواها المسيس في زيارته لها أو لم تعلم خلوة أصلاً وأنكرها فتعتد ولا سكنى عليه قاله في المدونة. ومن طلق زوجته طلاقاً بائناً ولها منه ولد ترضعه وجب لها عليه أجرة الرضاع والسكنى لنفسها (وليس) لها (ل)أجل (الرضيع سكنى بالقضاء على أبيه والرضاع ما انقضى) أي والحالة أن الرضاع لم ينقض لأن مسكنه في مدة الرضاع هو حجرها في الغالب قاله ابن عات.

و

طفل (مرضع ليس بذي مال) أي لا يملك شيئاً (على والده) متعلق بجعل (ما يستحق) من أجرة رضاع (جعلا). والمعنى أن أجرة إرضاع الولد الذي لا مال له على أبيه الغني وهذا في الزوجة التي لا يجب عليها رضاع لكونها علية القدر،

وليست ممن يرضعن أولادهن أو لا لبن لهن لمرض أو نحوه، وإلاَّ وجب عليها إرضاع ولدها بلا أجر لأنه عرف المسلمين في كل الأمصار على توالي الأعصار. فمن الضروري لو زاد المصنف هنا بيتاً فقال مثلاً:

مع عصمة في ذات قدر أو مرض

وغيرها ترضعه دون عوض

ومثل الزوجة في هذا الرجعية فإن كانت بائناً فلها أجرة الرضاع **قال تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن}** (الطلاق:6) وإليه أشار بقوله: (ومع طلاق) أي وإن كانت ترضعه مع طلاقها وبينونتها فلها (أجرة الإرضاع إلى تمام مدة الرضاع) وهي الحولان حيث أرضعته إليهما أو إلى زمن فطامه (وبعدها) أي بعد مدة الرضاع (يبقى الذي يختص به) أي بالولد لازماً لأبيه (حتى يرى سقوطه بموجبه) وهو في الذكر بلوغه عاقلاً قادراً على الكسب، وفي الأنثى دخول الزوج بها.

وإن تكن

المطلقة المرضع (مع ذاك) أي مع كونها مرضعاً (ذات حمل زيدت لها) لأجل حملها (نفقة) وليس واجب الإرضاع بمسقط ما يجب لها لأجل الحمل **قال تعالى: وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن}** (الطلاق:6) (بالعدل) أي بقدر حاله في عسره ويسره وهو راجع لجميع الباب ولا تستحق نفقة الحمل مرضعاً كانت أو لا إلا (بعد ثبوته) بشهادة النساء. قال في التوضيح: وهذا هو المشهور ولمالك في المبسوط وكتاب ابن شعبان لا تدفع لها إلا بعد الوضع لاحتمال أن ينفش، وعلى المشهور لو أنفش الحمل بعد أن أخذت النفقة ففي ردها وعدمه. ثالثها: إن أخذت بحكم حاكم ردت وإلاَّ فلا لأنه متطوع. ورابعها عكسه واقتصر (خ) في مختصره المعين لما به الفتوى على الأول، واقتصر الناظم على الثالث فقال: (وحيث بالقضاء تؤخذ) النفقة (وانفش) الحمل (فمنها نقتضي وإن يكن دفع بلا سلطان ففي رجوعه به) أي الإنفاق (قولان) ومقتضاه أن الرجوع مع الحكم متفق عليه وقد علمت أنه ليس كذلك (ومن له) من الأولاد رضيع أو غيره (مال ففيه) أي ففي ماله دون أبيه (الفرض) لنفقة أو أجرة رضاع (حق) ثبت (وعن أب يسقط كل ما استحق) أي: كل ما كان يستحقه الوالد العاجز الذي لا مال له (وكل ما يرجع لافتراض) من نفقة وكسوة وإسكان (موكل إلى اجتهاد القاضي) فيجتهد فيه (بحسب) جنس (الأقوات) من قمح أو شعير أو أرز أو ذرة (و) بحسب (الأعيان) المفروض لها وعليها من غنى أو فقر وتوسط، فليست نفقة الغنية كالفقيرة ولا نفقة الغنية على الغنى كنفقتها الواجبة لها على الفقير بل الثانية أدون (و)بحسب (السعر) فيوسع في الرخاء دون الغلاء (و)بحسب (الزمان) فليس زمن الشتاء كزمن الصيف (و)بحسب (المكان) قال ابن عرفة: من البلاد ما لا ينفق أهله شعيراً بحال لا غنيهم ولا فقيرهم، وكما يجتهد في النفقة بحسب ما ذكر يجتهد في الكسوة أيضاً بحسب البلدان والأعراف والأزمان (خ): يجب لممكنة من نفسها مطيقة للوطء على زوجها

البالغ، وليس أحدهما مشرفاً على الموت فوت، وإدام وكسوة ومسكن بالعادة بقدر وسعه وحالها والبلد والسعر، وإن أكوله وتزاد المرضع ما تقوى به إلا المريضة وقليلة الأكل فلا يلزم إلا ما تأكل على الأصوب، ولا يلزم الحرير وحمل على

الإطلاق وعلى المدنية لقناعتها فيفرض الماء والزيت والحطب والملح واللحم المرة بعد المرة أي في الجمعة لغني ونحوه في ابن الحاجب قال: وقدر مالك المد في اليوم، وقدر ابن القاسم ويتبين ونصفاً في الشهر إلى ثلاثة لأن مالكاً بالمدينة وابن القاسم بمصر. قال في التوضيح: المراد بالمد هنا الهاشمي وهو مد وثلثان بمده صلى الله عليه وسلم قال ابن حبيب وغيره: وفي الويبة اثنان وعشرون مداً بمده صلى الله عليه وسلم اه. وما ذكر في قدر المد الهاشمي هو أحد أقوال ثلاثة فيه. ابن الحاجب: ومد هشام مد وثلثان على المشهور وقيل مد وثلث وقيل مدان.

فصل في الطلاق بالإعسار بالنفقة وما يلحق بها

من الإعسار بالصداق أو الإخدام (الزوج إن عجز عن إنفاق) على زوجته ضرب له أجل شهرين فإن أنفق وإلا طلق عليه بعدهما كما قال (لأجل شهرين) بدل (ذو استحقاق) خبر عن قوله الزوج ولأجل متعلق به، والمعنى أن الزوج إذا عجز عن النفقة ورفع للحاكم فإنه مستحق أن يؤجل في ذلك شهرين (بعدهما الطلاق لا من فعله) أي الزوج بل يطلقها الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم به قولان. وهذا إذا أباه الزوج فإن أوقعه هو وطاع به فلا إشكال (وعاجز عن كسوة) لزوجته (كمثله) أي كمثل العاجز عن الإنفاق. اللخمي: وكذا إن عجز عن الغطاء والوطاء (و)ما ذكره من التأجيل بالشهرين ليس بمحتم بل (لاجتهاد الحاكمين يجعل في العجز عن هذا) الإنفاق (وهذا) اللباس المعبر عنه بالكسوة (الأجل) نائب فاعل يجعل قال في المفيد: قال أحمد بن مغيث: الذي جرى به الحكم عند الشيوخ أن يؤجل في طلب النفقة الشهر أو قريباً منه، وهو مذهب المدونة. وقال في مختصر ابن عبد الحكم: يؤجل في ذلك ثلاثة أيام قال: يريد في الذي لا يرجى له شيء، وقال في المبسوط: يؤخر اليوم ونحوه مما لا يضر بها في الجوع وقال ابن المواز: الذي عليه أصحاب مالك الشهر ونحوه، وقال ابن الماجشون: الشهر والشهرين اه باختصار. وقال: قبل هذا قال ابن القاسم: ومن عجز عن القوت والكسوة فرق بينهما بطلقة واحدة، وإن وجد القوت و لم يجد الكسوة أجل شهرين اه. وفي (خ) ولها الفسخ إن عجز عن نفقة حاضرة لا ماضية، وأن عبدين لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال إلا أن يتركه أو يشتهر بالعطاء وانقطع، فيأمره الحاكم إن لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق وإلاَّ تلوم بالاجتهاد، وزيد إن مرض أو سجن ثم طلق وإن غائباً أو وجد ما يمسك الحياة لا إن قدر على الفوت وما يواري العورة، وإن غنيه اه. (وذاك) المذكور من التطليق بالإعسار (من بعد ثبوت ما يجب) إثباته (كمثل عصمة) بين الزوجين (وحال من طلب) وهو الزوج من ثبوت إعساره فيتلوم له أو عدم ثبوته

فيؤمر بالإنفاق أو الطلاق كما مرّ في كلام (خ) (وواجد نفقة) أي قادر على إجرائها (وما ابتنى) أي والحال أنه لم يبن بزوجته ولا دخل بها (وعن صداق عجزه تبينا) أي: وثبت عسره تثبيت أو إقرار الزوجة وأبى الطلاق وسأل التأجيل ليسره أجل و(تأجيله عامان) على ما لمالك في المختصر (وابن القاسم يجعل ذاك) التأجيل أي قدره (لاجتهاد الحاكم) قائلاً لا أعرف سنة ولا سنتين المتيطي: واختار الموثقون أنه يؤجل ثلاثة عشر شهراً ستة وأربعة ثم شهرين ثم شهراً (خ): وعمل بسنة وشهر، وفي التلوم لمن لا يرجى وصحح وعدمه تأويلان. ثم طلق عليه ووجب نصفه اه. أي: الصداق لأنه

طلاق قبل البناء، وقيل لا شيء عليه، وأفهم قوله تبين أنه لو كان مجهول حال وادعى العدم وأثبته بعد أن نوزع فيه، فإن كان ظاهر الملاء حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بعسره إذا لم تطل المدة بحيث لا يحصل لها ضرر بذلك، وإلاَّ طلقت نفسها، وإن كان معلوم الملاء أداء أو طلقت عليه إلا ببينة بذهاب ما بيده فيمهل ما لا ضرر عليها فيه قاله الزرقاني، وأفهم أيضاً قوله: وما ابتنى أن بعد البناء لا يطلق عليه بسبب الصداق قاله التتائي.

وزوجة الغائب

المعلوم الموضع أو المجهول إن كان قد دخل بها أو لا على الصحيح المعمول به كما قاله ابن سلمون وغيره. (حيث أملت فراق زوجها) بسبب النفقة لكونه غائباً عنها و لم يترك لها نفقة ولا ما تعدى فيه أحببت لذلك على المذهب. ابن عرفة: وفي الطلاق على بعيد الغيبة بعدم النفقة قولاً الشيخ مع الأكثر. الصقلي: وذلك بعد ثبوت الغيبة واتصال الزوجية وكونه غاب قبل البناء أو بعده وبموضع كذا أو لا يعلمون موضعه وأنه منذ كذا ولا يعلمونه ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تعول به نفسها ولا تعدي فيه ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى تاريخه، ثم يؤجل القاضي في الإنفاق شهراً أو شهرين أو خمسة وأربعين يوماً قاله المتيطي. وفي التوضيح: ثم يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه. وقال ابن عات: بنى ابن فتحون وثائقه على ثلاثين يوماً وعليه عول الناظم فقال: (بشهر أجلت وبانقضاء الأجل) الذي هو الشهر يقع (الطلاق مع يمينها) أي بعد حلفها على جميع ما تقدم مما شهدت به البينة أنه حق فإذا استوفيت منها اليمين، وثبت ذلك عند القاضي أذن لها في الطلاق فطلقت نفسها إن شاءت وهو قوله: (وباختيارها يقع) وقيل يطلقها الحاكم والأول أصوب.

تنبيه: قال الحطاب: ظاهر ما تقدم أنه إذا لم تقم للزوجة بينة بشيء مما ذكر لا يحكم لها القاضي، وفي البرزلي خلافه ثم نقل عنه من فتوى. اللخمي والسيوري وأبي عمران وغيرهم ما حاصله: أنه إذا لم يمكنها الإثبات لغربتها أو فقد من يعرف زوجها حلفها القاضي وحكم لها بالطلاق بعد أن يسمي الزوج الذي ذكرت، فإن قدم وأنكر الزوجية لم يضر وإن اعترف وقع عليه الطلاق انظره في قوله. وإن غائباً فقد أطال.

ومن

قدر على النفقة والكسوة دون الإخدام و(عن الإخدام عجزه ظهر فلا طلاق) عليه بذلك. قال المتيطي: وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه القضاء وعليه العمل، وإليه أشار بقوله: (وبذلك الحكم اشتهر).

فصل في أحكام المفقودين

الأربعة لأن الفقد إما أن يكون في أرض الإسلام أو الكفر وكل إما في حرب أو لا، ولكل واحد منهم حكم يخصه. ابن عرفة: المفقود من انقطع خبره ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير. ابن عات: والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه اه منه. (وحكم مفقود بأرض الكفر في غير حرب حكم من في الأسر) أي حكم الأسير الذي لا يعلم أحي أو ميت، وحكمه أن ماله يوقف إلى أن يحكم بموته بعد انقضاء مدة التعمير، وزوجته إن كان لها شرط في المغيب عمل به، وإن لم يكن لها شرط فإن لم يحلف لها نفقة فلها التطليق من حينها على ما تقدم وإن كانت لها نفقة لزمها البقاء لمدة التعمير أيضاً. وسيأتي في كلام الناظم: وإلى هذا الحكم المذكور أشار بقوله: (تعسيره) واجب (في المال) أي فلا يورث مسكنه ولا ينفق منه حتى تمضي مدة التعمير ويخرج التسجيل من القاضي بموته كما قاله المازري، وإن مات بعد دخول البت للقاضي وقبل خروجه من قرابته لا يرثه (والطلاق) في المدة المذكورة (ممتنع ما بقي الإنفاق) فأما بعدها فتعتد وتتزوج ولا نفقة لها كما أن لها التطليق قبلها إذا لم يكن لها مال كما قال: (وكل من ليس له مال) تنفق منه زوجته في فقده (حري) حقيق (بأن يكون حكمه) في التطليق عليه (كالعسر) الحاضر ثم أشار إلى مفهوم قوله في غير حرب فقال: (وإن يكن) المفقود في أرض الكفر فقد (في الحرب) والقتال مع الكفار فقولان على ما ذكره الناظم أحدهما ما ذكره بقوله: (فالمشهور في ماله والزوجة التعمير) فلا يقسم ماله ولا تتزوج زوجته إلا بعده كالمفقود في غير أرض الحرب وكالأسير المتقدمين (وفيه) أي في التعمير في جميع ذلك (أقوال لهم) أي للفقهاء (معينه) (ح): وبقيت أم ولده وماله وزوجة الأسير ومفقود أرض الشرك للتعمير وهو سبعون، واختار الشيخان ثمانين وحكم بخمسين وسبعين. وقال الناظم: (أصحها القول بسبعين سنة) والقول الثاني في المفقود

المذكور ما أشار إليه الناظم بقوله: (وقد أتى قول) في مفقود المعترك بين المسلمين والكفار (بضرب عام) له (من حين يأس منه) أي: يبحث عنه الحاكم ويسأل من يظن به معرفته فإن لم يجد شيئاً من خبره وأيس منه ضرب لها أجلاً سنة قال في المتيطية: قال بعض الموثقين: ينبغي أن يكون ضرب السلطان للأجل من يوم اليأس للمفقود لا من يوم قيام الزوجة عنده على ما استحسن من الخلاف وإليه أشار بقوله: (لا القيام ويقسم المال) بعد السنة (على مماته) أي على القول بتمويته بها (وزوجة) له واحدة أو أكثر (تعتد من وفاته) أي من أجل وفاته المحكوم بها أو من وقت الحكم بوفاته (وذا) أي وهذا القول (به القضاء في الأندلس لمن مضى فمقتفيهم) أي فمتبعهم في الإفتاء به كالشيخ (خ) (مؤتس) أي مقتد بقدوة وفيه قول ثالث ذكره ابن الحاجب: وهو أنه كمفقود أرض الإسلام الذي أشار له الناظم بقوله: (ومن بأرض المسلمين يفقد) من غير فتنة بينهم (فأربع من السنين الأمد) أي باعتبار زوجته فإذا رفعت أمرها للقاضي بحث عنه ثم يؤجل أربع سنين من العجز عن خبره والعبد نصفها، ثم اعتدت كالوفاة وأما باعتبار ماله فلا بد من التعمير ولا يورث ماله إلا بعده وهذا معنى قوله: (وباعتداد الزوجة) بعد الأربع سنين (الحكم جري) حال كونه (مبعضاً) بالنسبة إليها دون المال (والمال فيه عمرا) وهذا كله إذا دامت نفقتها بأن كان له مال تنفق منه على نفسها وإلاَّ فلها التطليق كما مر في قوله: وكل من ليس له مال حري البيت.

تنبيه: قول الناظم وباعتداد الزوجة الحكم جرى يعني الحكم اللازم من ضرب الأجل الذي هو الأربع سنين لا أنها تحتاج في العدة إلى حكم آخر (خ) ثم اعتدت كالوفاة وسقطت بها النفقة، ولا تحتاج فيها لإذن. ابن عرفة: واختلف في صداق من لم يبن بها. فقال مالك: لها جميعه وابن دينار لها نصفه وبعض أصحابنا إن دفعه لها لم يترع منها وإلا أعطيت نصفه

قال مالك: ويعجل لها المعجل والمؤجل إلى أجله، ولابن الماجشون: يعجل نصفه ويؤخر نصفه للموت بالتعمير وسحنون يعجل جميعه.

ثم أشار إلى الرابع من المفقودين وهو مفقود المعترك بين المسلمين، وفيه أقوال اقتصر الناظم منها على قول ابن القاسم في العتبية فقال: (وحكم مفقود بأرض الفتن في المال والزوجة حكم من فني) أي من مات بالفعل فيورث ماله وتعتد زوجته من غير تأجيل إلا بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم كما قال: (مع التلوم لأهل الملحمة بقدر ما تنصرف المنهزمة) وظاهر النقل أن التلوم بعد ذلك لا بقدره وسنقف عليه وهذا إذا قرب موضع الفتنة والقتال (وإن نأت) أي بعدت (أماكن الملاحم) جمع ملحمة أي التحام الصفين (تربص العام لدى ابن القاسم) أي أنظرت زوجته سنة والعدة داخلة فيها، وهذا إذا رآه في المعركة من تقبل شهادته، وإن لم يشهدوا بموته كما قال: (وأمد العدة) داخل (فيه) أي في الأجل (إن شهد أن قد رأى الشهود فيها) أي في المعركة (من فقد) ابن شاس: والمفقود في المعترك بين المسلمين ليس فيه أجل بل تعتد زوجته من يوم التقاء الصفين، وروي أيضاً تتربص زوجته سنة، ثم تعتد. وروي أن العدة داخلة في السنة وقال في العتبية فيما قرب من الديار: يتلوم الإمام لزوجته باجتهاده بعد انصراف من انصرف وانهزام من انهزم ثم تعتد وتتزوج وفيما بعد مثل إفريقية ونحوها ينتظر سنة. وقال محمد: فيما بعد هو على حكم المفقود يتربص أربع سنين. وقال أصبغ: يضرب لامرأته بقدر ما يستقصي أمره ويستبرأ خبره، وليس لذلك حد معلوم التفريع إن قلنا بالقول الأول قسم ماله حينئذ، وإن قلنا يتربص أربع سنين أوقفنا ماله للتعمير، واختلف القائلون بأن زوجته تتربص سنة هل يقسم ماله أو يوقف للتعمير؟

فصل في الحضانة

ابن عرفة: هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. ابن رشد والمتيطي: الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار لأنهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الباقي لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال له أو كان ولا يقبل غيرها اه. واختلف هل (الحق للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانة) أي وجهه ودليله بين (لكونه) أي الحاضن (يسقطها) أي الحضانة بعوض كخلع الأم على إسقاط حضانتها أو بغير عوض (فتسقط) ولكونه لا أجرة للحاضن على الحضانة على المشهور إما خدمة المحضون من طحن وعجن وطبخ وغسل ثياب فلها الأجرة على ذلك، ولذا قال (خ): ولا شيء لحاضن لأجلها ومع ذلك قال الجنان: العمل على خلافه (وقيل بالعكس) وأن الحق في الحضانة للمحضون وعليه (فما إن تسقط) أي فلا تسقط بإسقاطها وإن زائدة وهما روايتان، وعليهما اقتصر ابن شاس أيضاً، وقيل الحق لهما. ابن عرفة: وهو اختيار الباجي وابن محرز الشارح، وهو أظهر، وقيل الحق لله تعالى وعليهما فلا تسقط أيضاً ومما بنوا على هذا الخلاف ما ذكره ابن عرفة. وغيره: عن ابن عات لو قالت جدته لأبيه وليس له إلا دار قيمتها عشرون ديناراً لحضنه وأنفق عليه من مالي وأبت جدته لأمه وأرادت بيعها. فالقول لها. وقال المشاور ينظر في

الأرفق بالصبي، وسئل ابن لب عن بنتين في حضانة جدتهما فالتزمت العمة وهي وصي نفقتهما ولو بقيتا عند الجدة ذهب مالهما، فأجاب: بأن الصواب نقل الحضانة للعمة إن لم يعلم في ذلك ضرر على البنتين ولا تقص مرفق لظهور المصلحة العظمى، ثم رجع ذلك بوجوه.h

وصرفها

أي الحضانة (إلى النساء أليق لأنهن في) هذه (الأمور أشفق) وقاعدة الشرع كما قاله القرافي في ذخيرته أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها ففي الحرب من هو شجاع مجرب يسوس الناس، وفي القضاء من هو فقيه متأيد بالدين والفراسة، وفي ولاية الأيتام من هو عارف بتنمية المال، وقد يكون المقدم في باب مؤخراً في غيره فالمرأة مؤخرة في الإمامة مقدمة في الحضانة لمزيد شفقتها وصبرها فهي أقوم بمصالح الحضانة من الرجال. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوصفين أن يكن ذوات رحم من المحضون وإن يكن محرمات عليه، وإليه أشار بقوله: (وكونهن من ذوات الرحم شرط لهن وذوات محرم) فخرج بالشرط الأول الأم من الرضاع والأخت ونحوها والمحرمات بالصهر وخرج بالثاني بنت الخالة وبنت العمة ونحوهما، فلا حضانة لواحدة من هؤلاء، وأما الرجال فيستحقونها بمجرد الولاية محرماً كانوا كالعم أو رحماً كابنه أو لا كالوصي والمولى، وفي هذا تفصيل لما أجمله في البيت قبله وتأتي بقية شروط الحاضن في قوله: وشرطها الخ. (وهي) أي الحضانة تنتهي (إلى الإثغار في الذكور) وهذا قول أبي مصعب ومن وافقه (والاحتلام الحد في المشهور) أي في الذكور أيضاً (وفي الإناث للدخول المنتهى) أي إلى أن يدخل بها زوجها فتزف إليه من بيت أمها مثلاً ويختن المحضون عند أبيه ثم يرد للأم ابن عرفة: ومستحقها وأبو الولد زوجان هما وفي افتراقهما أصناف. الأول الأم وتساؤها من لها عليه ولادة بسببها ولو بعدت ملول فصل منها، والثاني: نساء الأب من له عليه أمومة كما مر. الثالث: الوصي. الرابع: العصبة هذا في الجملة.

وأما ترتيبها فأشار له الناظم بقوله: (والأم أولى) من كل واحد وفي حديث عمر قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أترون هذه طارحة ولدها في النار». قلنا: لا، وهي تقدر قال: « الله أرحم بعباده من هذه بولدها». رواه البخاري. (ثم أمها) وهي الجدة أولى (بها) أي بالحضانة (فأمها) أي أم الجدة المتيطي وإن بعدت ابن رشد أحق بالنساء بعد الأم الجدة للأم ثم أم الجدة ثم أم أبيها ثم أم أمها (فخالة) وهي أخت الأم فخالتها فعمتها وفيهما خلاف (فأم الأب ثم أب) ثم جدة للأب وإن علت وهي المراد بقوله (فأم من له انتسب) من أب أو أم أي الجدة من قبلهما وأخر الناظم الأب عن أمه. وقدمه على أمها وأخره (خ) عنهما معاً فقال: ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخت، وهذا مذهب الكتاب. ابن عرفة: فإن لم تكن قرابات الأم ففي تقديم الأب على قرابته وعكسه ثالثها الجدات من قبله أحق منه وهو أحق من سائرهن لنقلي القاضي، وفي الجواهر مذهب الكتاب أنه يقدم عليه من سوى الأخت، وقيل: إن جميع النساء مقدمات عليه، وقيل: لا يقدم عليه إلا الأم والجدة. وفي ابن سلمون والأب أولى من قراباته إلا أمه وحدها، فهل يكون أولى منها أو لا؟ في ذلك قولان. أحدهما: أنها أولى منه وهو المشهور. والثاني: أنه أولى منها اه. وعلى هذا المشهور قول المصنف: (فالأخت) للطفل بعد الأب على مذهب المدونة (فالعمة) له وهي أخت الأب (فابنة الأخ) على قول. وفي المقدمات ثم العمات ثم

عمات الأب ثم خالاته ثم بنات الأخوة وبنات الأخوات (فابنة أخت) وقيل لا حضانة لبنت الأخت وفي (ح) ثم هل بنت الأخ أو الأخت أو الأكفاء منهن وهو أظهر أقوال (فأخ بعد رسخ) أي ثبت بعد من ذكر (والعصبات) أي بقيتهم (بعد) الأخ وهو ابنه والجد بينهما ثم العم ثم ابنه ثم المولى الأعلى والأسفل على المشهور (والوصي أحق) أي من الأخ وسائر العصبة. وهذا في الذكور، أما الإناث إذا كبرن فإن كن محارم منه فهو أحق وإلا فهل له حق في حضانتهن. قولان: ابن بشير ينبغي أن يكون خلافاً في حال، فإن كان مأموناً وله أهل فهو أحق وإلاّ فلا حق له كذا في الجواهر، وعند ابن عرفة فإن ظهرت أمارة الشفقة فهو أحق وإلا فلا اه. (خ): وقدم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع وفي المتساويين بالصيانة والشفقة اه. فإن تساووا فيهما قدم الأسن لأنه أقرب للصبر والرفق بالمحضون وهذا هو المراد بقوله:

والسن بها مرعي

فإن تساووا فالقرعة ويقدم الأشفق على الأصون قاله (ز) (وشرطها) أي الحضانة زيادة على ما تقدم (الصحة) أي صحة جسم الحاضن لأن المريض المنهوك القوي يحتاج لمن يقوم به وذو العاهة كالبرص يخشى منه (والصيانة) خوفاً من لحوق المعرة (والحرز) له أي حرز المكان في البنت يخاف عليها كما في (خ) وابن الحاجب وأصله للخمي ابن عرفة والحق أنه شرط في البنت وفي الولد (والتكليف) فلا حضانة لصبي ولا مجنون. وفي الفائق أن الصغير له الحضانة وحاضنه يحضن له قال أبو إبراهيم الأعرج، وبه الفتوى. وكذا اختلف في السفيهة المولى عليها ذات صون وقيام غير متلفة لما تقبضه وصوب ابن عرفة: أن لها الحضانة قائلاً هو ظاهر عموم الروايات في المدونة وغيرها (والديانة) أي وأن يكون الحاضن ديناً لا فاسقاً قرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته يدخل عليها الرجال ولو لمصلحة فلا حضانة له قال في الجواهر: ولا يشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز، ويمنع أن تغذيهم بخمر أو خنزير فإن خيف ذلك ضمت إلى أناس من المسلمين ولا تشترط الحرية، بل للأمة حضانة ولدها من زوجها عبداً كان أو حراً ويشترط كونها أمينة إذ لا يوثق بالفاسقة وكونها فارغة فإن كانت متزوجة أو نكحت ودخلت بطل حقها إلا إذا كان الزوج جد الطفل وإلى ذلك أشار بقوله:

وفي الإناث

أي ويشترط في الإناث بخصوصهن زيادة على ما مر (عدم الزوج عداً جداً لمحضون لها) أي للحاضنة والمجرور حال من النكرة بعده إذا كان صفة لها قدم عليها (زوجا غدا) وفي مختصر (خ) وللذكر من يحضن وللأنثى خلو عن زوج دخل إلا أن يعلم أي الحاضن بالدخول ويسكت العام أو يكون زوج الحاضنة محرماً وأن لا حضانة له كالخال أو ولياً كابن العم.

وما

أي الحضانة التي (سقوطها لعذر قد بدا) وكان بغير اختيارها قال مالك: بأن مرضت أو انقطع لبنها أو جهلت أن ذلك لها، فإذا صحت أو رجع لبنها أو فطم الولد فلها انتزاعه قال أبو عمران: أو انتقل به أبوه إلى بلد ثم رجع فلها أخذه وهو معنى قوله: (وارتفع العذر) المذكور فإنها (تعود أبداً) أي الحضانة وهو خبر ما بخلاف عذر أدخلته على نفسها كتزويجها بعد وجوب الحضانة لها فلا تعود كما أشار له بقوله:

وهي على المشهور

ابن عرفة: وهو ظاهر المدونة (لا تعود) أبداً (إن كان سقوطها بتزويج) أي بأن زوجت بعد استحقاقها الحضانة (قمن) صفة لتزويج وهو تتميم أو أراد أنه تزويج حقيقي بأن يدخل بها الزوج ابن عرفة: عن ابن رشد في سقوط حضانتها بالدخول أو بالحكم بترع الولد منها قولان اه. فإن كان الموجب لعدم استحقاقها كونها ذات زوج، ثم تأيمت فلا خلاف أن الحضانة تكون لها قاله الرجراجي ونقله الأجهوري.

وحيث

سافر (بالمحضون) الحر ولو رضيعاً على المشهور (سافر) ستة برد فأكثر وإلا لم تسقط حضانتها لإمكان النظر مع القرب يريد ومع أمن الطريق والبلد المنتقل إليه وإلا لم يسافر به (الولي) الحر أباً أو وصياً أو غيرهما (بقصد الاستيطان والتنقل) أي إذا كان السفر بقصد النقلة لذلك المحل واتخاذه وطناً لا سفر تجارة أو سفر نزهة، ويثبت ذلك عند الحاكم وليس هناك ولي آخر في مرتبته ففي الخطاب قيل له فإن سافرت هي ثم رجعت قال: إن كان سفرها اختياراً لم تعد، وإن كان بغير اختيارها عادت لها الحضانة قيل له: فإن ألجأتها ضرورة إلى التزويج قال: تسقط حضانتها اه. (فذاك) السفر (مسقط لحق الحاضنة) إلا إذا انتقلت معه و(صارت هناك ساكنة) فهي على حضانتها وإذا بنى زوج بزوجته فأتت معها بولد لها صغير أو وجدت هي عنده ولداً صغيراً وسكن ذلك الولد معها، ثم أراد الزوج إخراج ولدها عنه أو أرادت إخراج ولده عنها لم يكن لواحد منهما ذلك كما قال:

ويمنع الزوجان من إخراج من

أي ولد (من حيث الابتناء معهما سكن من ولد) أي صغير وهو بيان لمن (لواحد) منهما (أو أم وفي سواهم) أي: سوى الأم وسوى ولده وولدها الساكنين من حين الابتناء وهو ما أتت به من ولد بعد الابتناء أو أتى به هو وأراد إسكانه معها، وأبت هي فالقول لمن أبى، ولا يجبر الآبي للطالب وهو المراد بقوله: (عكس هذا الحكم) إلا أن يكون الولد

لا حاضن له وظاهره أن الأم كالأولاد في التفصيل المذكور بين أن تسكن معها من حين البناء، فلا كلام للزوجة في إخراجها عنها أو لا، فلها ذلك وليس كذلك بل لها ذلك مطلقاً ولو حلف أن لا يعزلها عن أهله لم ينفعه، وحمل على الحق أبره ذلك أو أحنثه قاله ابن الماجشون. إلا أن تكون وضيعة قدر قال مالك: رب امرأة لا يكون لها ذلك يكون صداقها قليلاً، ولعله أن يكون على ذلك تزوجها، وقد تلخص أن الأولاد يفرق فيهم بين الابتناء وعدمه، وأن الأم والأقارب يفرق فيهم بين الوضيعة وغيرها (خ): ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا الوضيعة كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن إلا أن يبني وهو معه والله سبحانه أعلم.

باب البيوع

أتى بجمع الكثرة لتعدد أنواع المبيع، وقد ذكر الناظم منها أنواعاً ستة هي متنوعة أيضاً في نفسها وتكون صحيحة وفاسدة، والبيع من الأبواب التي يتعين الاهتمام بشأنها، ففي القبس أن البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم، لأن الله سبحانه خلق الإنسان محتاجاً إلى الغذاء ومفتقراً إلى النساء وخلق له ما في الأرض جميعاً ولم يتركه سدى يتصرف كيف شاء، فيجب على كل مكلف أن يعلم ما يحتاج إليه من بيع أو غيره ثم يجب عليه أن يعمل بما علم فيتولى أمر شرائه وبيعه بنفسه إن قدر، وإلاَّ فغيره بمشاورته ولا يتكل على من لا يعرف الأحكام أو يتساهل في العمل، بمقتضاها. والبيع لغة مصدر باع الشيء إذا أخرجه عن ملكه بعوض أو أدخله فيه، فهو من الأضداد يطلق على البيع والشراء لكن لغة قريش استعمال باع إذا أخرج واشترى إذا أدخل وعلى ذلك اصطلح الفقهاء تقريباً للفهم وعرفاً قال ابن عبد السلام: معرفة حقيقته ضرورية حتى للصبيان، ورده ابن عرفة بأن المعلوم ضرورة هو وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ولا يلزم منه علم حقيقته، ثم قسمه إلى أعم وإلى أخص فقال: البيع الأعم عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة فتخرج الإجارة والكراء والنكاح وتدخل هبة الثواب والصرف والمراطلة والسلم، ثم قال: والغالب عرفاً أخص منه بزيادة ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه فتخرج الأربعة اه. وهو في كلام الناظم بالمعنى الأخص لقوله:

وما شاكلها

أي شابهها في كونه عقد معاوضة مالية فيدخل الصرف والمقاصة والحوالة ونحوها مما ترجمه الناظم بعد هذا بالفصول دون الأبواب. (ما يستجاز بيعه) أي: ما يعد بيعه جائزاً أو ما يوجد بيعه جائزاً، فالسين والثاء للعد أو للإصابة والوجدان كاستحسنه واستعظمه واستغفله. أي: وجده كذلك أو عدّه قاله ابن مالك في شرح التسهيل والبرماوي في شرح اللامية. (أقسام) ستة (أصول) كالدور والأرضين (أو عروض) كالثياب والسلاح (أو طعام) كالقمح والشعير والسمن ونحوها (أو ذهب أو فضة) يعني بيع أحدهما بالآخر وهو الصرف أو به وهو المراطلة (أو ثمر) كالفواكه والمقاثي وأفردها، وإن كانت طعاماً لما يشترط في بيعها من بدو الصلاح أو غيره (أو حيوان) كالرقيق والدواب والأنعام والوحش والطير (والجميع) أي: وكل واحد منها (يذكر) في فصل يخصه مع الأحكام المختصة به كالعيوب الموجبة للقيمة في

الأصول والرد والعهدتين في الرقيق والحيوان والربا في النقدين والطعامين ونحو ذلك، وهذه فائدة تقسيم المبيعات إلى الأقسام الستة المذكورة.

وأصل البيع من حيث هو الجواز للآية، قد يعرض له الوجوب والحرمة والندب والكراهة وأركانه خمسة: البائع، والمشتري، والثمن، والمثمون، والصيغة، ولكل شروط مذكورة في محلها (خ): ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة الخ. وترك المصنف الكلام على الأركان لشهرتها إلا ما ذكره في قوله: وتحبس صفقته محظورة وقوله في بيع الأصول: ممن له تصرف في المال. وأشار إلى ما قد يصاحب العقد من الشروط جاعلاً لها ثلاثة أقسام فقال:

والبيع والشرط الحلال

بالرفع عطفاً على ما قبله ولا يصح نصبه على أنه مفعول معه لفقد الجملة قبله. (إن وقع) ذلك الشرط حال كونه (مؤثراً في ثمن) كشرط البائع على المشتري أن لا يبيع ذلك الشيء ولا يهبه فنفس الشرط وهو تمسك المشتري بمشتراه بحيث لا يبيعه ولا يهبه حلال، واشتراط ذلك عليه ممنوع وهو مما يؤثر في الثمن ويحط منه لما على المشتري في ذلك من التحجير، فإن شرط أن لا يبيع من فلان أو من بني فلان وهم قليلون لم يضر، وكشرط أحد المتبايعين على الآخر أن يسلفه دراهم أو غيرها ولو ضمناً كبيعه لمن له عليه دين على شرط أن ينقده الثمن ولا يقاصه به مع حلول دينه: (مما امتنع) لزيادة الثمن حيث يكون السلف من البائع والعكس، ولذا كان فيه إذا فات أكثر الثمن والقيمة إن أسلف المشتري وإلا فالعكس (خ): وكمبيع وشرط يناقض المقصود كأن لا يبيع إلا بتنجيز العتق أو يخل بالثمن كبيع وسلف، وصح أن حذف. وقوله: مما امتنع خبر المبتدأ وجواب الشرط محذوف. (وكل ما) أي شرط حلال أيضاً (ليس له تأثير في ثمن) كشرط رهن أو حميل أو كون الثمن إلى أجل معلوم غير بعيد جداً. (جوازه مأثور) مروي صحيح معمول به ويدخل فيه الشرط الذي يقتضيه العقد كالرجوع بدرك العيب والاستحقاق فيعمل به واشتراطه تأكيد فإن قلت: شرط الأجل مما يزيد في الثمن وشرط الرهن والحميل مما ينقص منه قلت: نعم ولكن تأثيرهما لا يبقى معه جهل في الثمن ولا محظور بخلاف شرط السلف وشرط أن لا يبيع.

والشرط إن كان حراماً

كبيع جارية رفيعة على شرط أن لا يمنعها الدخول والخروج أو جارية بشرط أنها مغنية وقصد بذلك الزيادة في الثمن أو بيع دار بشرط أن تكون مجمعاً لأهل الفساد. (بطلا به) بذلك الشرط (المبيع) بمعنى البيع كالمفتون بمعنى الفتنة (مطلقاً) أثر خللاً في الثمن أو لا. وإذا كان يفسد الشرط الحلال المؤثر في الثمن فأحرى الحرام المؤثر فيه، ويعز كونه غير مؤثر (إن جعلا) أي الشرط المذكور بمعنى إن وقع وهو تتميم مستغنى عنه والألف للإطلاق وحاصل كلام الناظم، أن البيع والشرط يبطلان معاً إن كان الشرط حراماً أو أثر في الثمن خللاً ويصحان معاً إن كان الشرط حلالاً ولم يؤثر خللاً، وبقي عليه قسم ثالث يصح فيه البيع ويبطل الشرط وهو ما أشار له (خ) في قوله: والعبد ثياب مهنته وهل يوفى بشرط

عدمها أو لا؟ وهو الأظهر كشرط زكاة ما لم يطب وأن لا عهدة أو لا مواضعة أو لا جائحة، أو إن لم يأت بالثمن لكذا فلا بيع اه. فالبيع في جميعها صحيح والشرط باطل إلا أن شرط البائع في الأخير أن عقد البيع متوقف على قبض الثمن.

فرع: فلو باعه دار على شرط أن لا يرفع عليه بناءها أو لا يتصرف حتى يؤديه الثمن والأجل معلوم جاز في الجميع.

تتمة: ذهب أبو حنيفة إلى بطلان البيع والشرط مطلقاً لحديث: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط، وذهب ابن شبرمة إلى صحتهما مطلقاً لحديث جابر: بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حلابها وظهرها إلى المدينة، وذهب ابن أبي ليلى إلى صحة البيع وبطلان الشرط لحديث بريرة، وعرف مالك رضي الله عنه الأحاديث كلها فاستعملها في مواضعها وتأولها على وجوهها، وغيره لم يمعن النظر ولا أحسن تأويل الأثر، وفي ذلك يقول ابن غازي: بيع الشروط الحنفي حرمه وجابر سوغ لابن شبرمه: وفصلت لابن أبي ليلى الأمة ومالك إلى الثلاث قسمه، ثم أشار إلى أنه كما لا يجوز اجتماع المبيع مع الشرط الحرام أي المنافي لا يجوز اجتماعه مع شيء من العقود الستة لتنافي أحكامها فقال:

وجمع بيع مع شركة ومع صرف وجعل ونكاح امتنع. ومع مساقاة ومع قراض

القرافي: ويجمعها جص مشنق. وزاد أبو الحسن الصغير سابعاً وهو القرض، وكذلك يحرم جمع اثنين منها، ومعنى التنافي فيها أن الصرف حكمه المناجزة والجعل عدم اللزوم والنكاح المكارمة والمساقاة والقراض جهل العوض والشركة بقاء تصرف البائع بخلاف البيع في الجميع. قال في التوضيح عن القرافي: ما لا يجتمع مع البيع يجمعها قولك جص مشنق ونظمها بعضهم فقال:

عقود منعناها مع البيع ستة

ويجمعها في اللفظ جص مشنق

فجعل وصرف والمساقاة شركة

نكاح قراض منع هذا محقق

وزاد أبو الحسن سابعاً وهو القرض فلا يجتمع مع البيع، وكما لا يجتمع البيع مع واحد من السبع لا يجتمع اثنان منها في عقد ونظم ذلك التتائي فقال:

نكاح شركة صرف وقرض

مساقاة قراض ثم جعل

فجمع اثنين منها الحظر فيه

وجمع البيع معها لا يحل

وأشهب الجواز عنه ماض

ابن الحاجب: والبيع والصرف ممتنع خلافاً لأشهب، ومفاد النظم أن خلافه جار في الجميع وصرح به ابنه، وفي الحطاب عن اللخمي وقد اختلف في جميع ذلك (ونجس) يريد عين النجاسة كالميتة والعذرة أو متنجس لا يقبل التطهير كالزيت المتنجس على المشهور، وأما ما يقبله كالثوب المتنجس فيجوز بيعه ويجب البيان إن كان الغسل يفسده أو ينقصه أو كان مشتريه مصلياً (صفقته محظورة) ممنوعة (ورخصوا في الزبل) أي في فضلات الدواب الغير المأكول اللحم (للضرورة) إلى التزبيل بها. وفي معناه الماء المضاف بالنجاسات يحتاج للسقي به. قال في المدونة: وكره مالك بيع العذرة ليزبل بها الزرع أو غيره. قيل لابن القاسم: فما قولك في زبل الدواب؟ قال: لم أسمع فيه منه شيئاً إلا أنه عنده نجس، ولا أرى أنا ببيعه بأساً. قال أشهب: والمبتاع في زبل الدواب أعذر. وقال ابن الماجشون: يجوز بيع العذرة. قال الحطاب: ويتحصل في بيع العذرة أربعة أقوال: المنع لمالك على فهم الأكثر من المدونة والكراهة على فهم أبي الحسن، وظاهر اللخمي. والجواز لابن الماجشون والفرق بين الاضطرار فيجوز وعدمه فيمنع لأشهب في كتاب محمد اه. وعليه فيشملها لفظ الزبل. ابن القاسم: ولا بأس ببيع بعر الإبل والغنم وخثا البقر.

فصل في بيع الأصول

الأرض وما اتصل بها فيشمل الدور والحوانيت والفنادق والجنات والأرضين. (البيع في الأصول) المذكورة (جاز مطلقا) تفسيره في البيت بعده ولما شمل الإطلاق ما إذا صاحبه شرط مفسد أخرج ذلك بقوله: (إلا بشرط في البيوع متقى) وهو ما مر قبل (بأضرب الأثمان) من عين أو عرض أو طعام أو حيوان نقداً أو إلى أجل، ومثل الأصول في هذا العموم العروض بخلاف الطعام وبعض الحيوان.

فرع: إن تعددت السكك في البلد و لم يبين فإن اتحدت فإن رواجاً قضاه من أيها شاء، وإن اختلف قضاه من الغالب إن كان وإلاَّ فسد البيع لعدم البيان

فرع: لو وقع العقد في زمن يتسامح الناس في اقتضاء الدراهم الناقصة وكان القضاء بعد النداء على التعامل بالوازن فقال أبو سعيد: الذي يوجبه النظر أن ينظر إلى زمن العقد فإن كانت الدراهم يومئذ كاملة وناقصة قضى بالكاملة لأن قبض الناقصة يومئذ إنما هو معروف ولا يقضى به، وإن كانت يومئذ كلها ناقصة لم يقض عليه إلا بها لأن الناس إنما يقصدون إلى ما يجدون ويعقدون على ما يعتادون والعادة كالشرط، وإذا وقع في العقد أنه قبضها مقلبة ثم زعم أن فيها رديئاً فلا يمين على الراجع وإلاَّ حلف ما دفعت إلا جياداً في علمي ولا أعلمها من دراهمي، ولو قلبها فيحلف الآخر على البت (و)أضرب (الآجال) أي المعلومة قريبة أو بعيدة. وهذا ما لم تبعد جداً. ابن عرفة: وبعيد الأجل ممنوع وغيره جائز فيها، ويجوز بيعه سلعة إلى عشر سنين أو عشرين، وسمع أصبغ بن القاسم أكرهه لعشرين ولا أفسخه ولو كان للسبعين لفسخته. أصبغ لا بأس به ابتداء إلى عشرين وللثلاثين، وتوقف فيها ابن القاسم انتهى باختصار الخ. الشيخ زروق: روى

محمد لا بأس ببيع أهل السوق على التقاضي، وقد عرفوا قدر ذلك بينهم انظر الحطاب، فإن قام بعد الأجل بمدة طويلة كالثلاثين والأربعين فقال الغريم: قضيتك وباد شهودي فهل القول له وتحاز الديون بذلك كما تحاز الأملاك أولاً لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم المعتمد الثاني» وبه أفتى أصحابنا رحمهم الله. (ممن له تصرف في المال) وهو الرشيد ومن متعلقة بالبيع وهي للابتداء فيفيد اشتراط الرشد في البائع، أو بمعنى اللام فيفيد اشتراطه في المشتري ولا بد من الأمرين، فإذا قدر مضاف أي عقد البيع أفادهما ويصح تعلقه يجاز، وقد علمت أن الشرط المذكور غير خاص ببيع الأصول. (وجائز أن يشترى الهواء) بالمد وهو بين السماء والأرض، وأما بالقصر فهو ما تحبه النفس وتهواه قال ابن مالك:

أطعت الهوى فالقلب منك هواء

قسا كصفا قد بان عنه صفاء

لأن يقام معه البناء

أي: يجوز شراء مقدار من الهواء كعشرة أذرع مثلاً يبنيها فوق بيت موجود للبائع، أو مقدار عشرة أذرع من هواء فوق هواء عشرة أيضاً على أن يبني البائع بيتاً إن وصف البناء في الأولى والبناآن في الثانية لرغبة صاحب الأعلى في وثاقة بناء الأسفل وكثافته والعكس، ويملك صاحب الأعلى ما فوقه من الهواء، ولكن لا يبني عليه إلا برضا صاحبه. (وما على الجزاف والتكسير) أي الكيل (يباع مفسوخ) يعني أنه لا يجوز بيع جزاف من الأرض مع أرض مكيلة، فما في كلام الناظم واقعة على الأصول لأن الفصل لها كما لا يجوز بيع جزاف من الحب كصبرة من قمح جزافاً مع أخرى منه بالكيل على أن كل مد منها بدرهم، وكذا صبرة جزافاً مع أرض كيلاً بخلاف العكس وهو بيع جزافاً مع صبرة كيلاً. وقد أشار إلى الأربع صور في المختصر عاطفاً على ما لا يجوز بقوله: جزاف حب مع مكيل منه أو أرض وجزاف أرض مع مكيلة لا مع حب والضابط في منع الجمع بين الجزاف والكيل في صفقة واحدة هو أن المبيعين إذا جاء كل منهما على الأصل فالجواز وإلا فالمنع. قال المصنف: (لدى الجمهور) ومثله في ابن سلمون ونصه: فإن كان مع موضوع المبيع على التكسير دار أو كرم لم يجز البيع وفسخ عند جمهور أهل العلم وبه العمل، ومنهم من يقول بجواز ذلك اه. وقال في المقدمات: والجزاف مما أصله أن يباع جزافاً كالأرضين لا يجوز بيعه مع المكيل منه باتفاق اه. والوزن كالكيل فلا يجوز شراء قربة لبن على أن يزن زبدها، وإنما يشتري الجميع بغير وزن قاله ابن غازي عن القباب اه.

وآبر

بمعنى مأبور كدافق بمعنى مدفوق. يقال: أبر الزرع يأبره إبراً وإباراً أصلحه كأبره (من زرع) وهو ما خرج على وجه الأرض كما يأتي إذا بيعت الأرض ولم ينص على ما فيها من الزرع (أو) آبر (من شجر) إذا بيع الشجر ولم ينص على ما فيه من الثمر، فذلك كله (لبائع إلا بشرط المشتري) له لقوله صلى الله عليه وسلم: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرها

للبائع إلا أن يشترطه المبتاع». وجاز شرطه مع أنه لم يبد صلاحه لأنه حينئذ تبع للأصل وليس بمقصود في نفسه، ولهذا لا بد من أن يشترط جميع الثمر أو الزرع، فإن اشترط بعض ذلك فسد البيع كما قال: (ولا يسوغ) البيع (باشتراط بعضه) أي ما ذكر (وإن جرى) أي وقع البيع على اشتراط البعض (فلا غنى عن نقضه) وفسخه لوجوب ذلك (وغير ما أبر) من زرع أو ثمر هو بمقتضى العقد (للمبتاع بنفس عقده) من غير احتياج لشرطه (بلا نزاع) لمفهوم الحديث المذكور.
(ولا يجوز شرطه للبائع) أي: لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري غير المأبور من الثمر أو الزرع كما لا يجوز بيع الحامل واستثناء جنينها، وهذا في الثمرة على أن المستثنى مشترى. قال الشارح: وهو أشكلها. (والبيع) بشرط غير المأبور للبائع (مفسوخ به في الواقع) أي في نفس الأمر.
فرع: فإن أبر البعض دون البعض فالأقل تبع للأكثر وإن أبر للنصف فلكل حكمه. ثم أشار إلى بيان الأبار ما هو فقال:

وفي الثمار

كالخوخ والمشمش (عقدها) بأن يثبت منها ما يثبت ويسقط ما يسقط (الأبار) وفي النخل تعليق طلع الذكر على الأنثى، وفي العنب أن يغربل (و) في (الزرع أن) يخرج و(تدركه الأبصار كذا قليب الأرض) حيث تباع مقلوبة، وقيل: بذرها هو (للمبتاع دون اشتراطه في الابتياع) ابن عات: فإن كان في المبيع أرض مقلوبة فالقليب للمبتاع وإن لم يشترطه ولا كلام فيه للبائع قاله حمديس وغيره: صح من الشارح فاحتمال أن يراد بالقليب البئر مع قوله في النص: أرض مقلوبة في غاية البعد، وإن كان القليب صفة للأرض لا يتوهم عدم دخوله كالإصلاح في الدار. (والماء إن كان يزيد) أحياناً (ويقل) أي ينقص أحياناً بحيث لا يأخذه الضبط (فبيعه لجهله ليس يحل) قال في المتيطية: وإن كان هذا الشرب يقل ماؤه مرة ويكثر أخرى ولا يوقف على الحقيقة منه لم يجز بيعه لأنه مجهول وبيع المجهول غرر ولا يجوز. قال الشارح: هذا مما يشكل عليه بيع شروب قطيعة حجاب من المرية وغيرها فإنها ثقل في السنين الجدبة وتكثر في غيرها، والظاهر جواز المعاوضة فيها لارتباطها بما أجرى الله تعالى من العادة فيها، فالمتعاقدان يعلمان ذلك ويدخلان عليه فهو كالغرر المغتفر في بيع الأصول إذ قد لا تكون لها غلة في بعض السنين، ويحمل البيت والنص على ما يجهله المتعاقدان معاً، ويكون من التلون بحيث لا يأخذه ضبط ويجوز بيع الماء أصله أو منفعته لمن يسقى به إذا كان البائع يملكه كمن نبعت له عين في أرضه أو أخرجها أو أنفق عليه أو ساقه من مباح. قال ابن سلمون: ولا يجوز بيع ماء أنهار العامة إلا أن يصرف منها شيء ويملك بالإسداد فيجوز بيعه (و)بيع شيء إلى أجل و(شرط إبقاء) ذلك (المبيع) من البائع على المشتري (بالثمن) يتعلق بقوله: (رهناً) بيد البائع أو بيد أمين (سوى الأصول) مستثنى من قوله: المبيع (بالمنع) متعلق ب(اقتران) وهو خبر المبتدأ. والمعنى أن شرط البائع على المشتري أن يبقى المبيع إلى أجل وهنا ممنوع
إلا في الأصول كان بقاؤه بيده أو بيد أمين. (وقيل بالجواز مهما اتفقا في) أي على (وضعه عند أمين مطلقا) أي في الأصول وغيرها وهو مستغنى عنه لأن الكلام إنما هو في غيرها وملخصه أن حبس المبيع رهناً إن كان أصلاً جاز مطلقاً وإن كان غيره فإن كان عند البائع امتنع، وإن كان عند أمين فقولان، وهو صحيح. قال ابن سلمون لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري أن تبقى الدابة بيده في الثمن إلى أجله، وكذا سائر الحيوان والعروض والبيع على ذلك مفسوخ.

ابن رشد: وذلك جائز في الأصول كلها لأنه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل فإن وضعت هذه الأشياء التي لا يجوز ارتهانها عند بائعها على يد عدل كان ذلك جائزاً، وقد قيل: إنه لا يجوز ولو وضع عند أمين وهو قول أصبغ اه. ونقص الشارح من هذا النقل فأشكل على (م) حتى قال: مفاد النقل أنه ليس هنا إلا قول واحد بالتفصيل إن وضع عند أمين جاز وإلاَّ فلا.

تنبيه: قد أعلم أن قول الناظم: وقيل الخ. هو المشهور فما كان ينبغي له أن يضعفه.

وجائز في الدار

تباع نقداً أو إلى أجل (أن يستثنى سكنى بها) مدة محدودة غير بعيدة جداً بل (كسنة أو أدنى) وفيها ستة أقوال، ابن سلمون: وإن استثنى البائع سكنى الدار جاز فيما هو نحو السنة ولا يجوز لأكثر من ذلك لما يخشى من تغيرها. ثم قال: فإن التزم المشتري أن لا يبيعها حتى ينصف من الثمن فلا يجوز ذلك إلا أن يكون طوعاً وإذا اختلفا فيه حيث وقع في العقد فالقول لمدعي الشرط، وإن كان يدعي الفساد لأنه العرف. (ومشتري الأصل شراؤه) بعد ذلك أولاً (الثمر قبل) بدو (الصلاح) فيها (جائز) مطلقاً (فيما اشتهر) من أقوال ثلاثة. وثانيها: المنع، وثالثها: الجواز فيما قرب كالعشرين يوماً من بيع الأصول لا فيما بعد منه، وقد اقتصر (خ) على هذا المشهور أيضاً إذ قال: وصح بيع ثمر ونحوه بدا صلاحه وقبله مع أصله أو ألحق به، ومن اشترى أرضاً فيها زرع أخضر ثم اشترى بعد ذلك ما فيها من الزرع. (فالزرع في) جواز (ذلك) الشراء (مثل الشجر) في جواز شراء ثمرها بعد شرائها، وحكاية الناظم الخلاف يفهم منه أنه قصد صورة ما إذا اشترى الثمرة أو الزرع بعد شرائه الأرض، ويفهم منه جواز شرائها معه قبل الطيب بالأحرى، وعلى كل لو أجيحت الثمرة فلا رجوع فيها كما أشار له بقوله: (ولا رجوع أن تصب للمشتري) لأنها تبع والمقصود الأصل (وبيع ملك) بكسر الميم وضمها إلا أن الضم كما قال أبو البقاء: لا يستعمل إلا في مواضع الكثرة وسعة السلطان يقال لفلان: ملك عظيم أي مملوك كبير (غاب) عن البلد و لم يبعد جداً كخراسان من إفريقية وكل ما يظن به التغير قبل إدراكه بل توسط كالشهرين أو قرب كاليوم واليومين. (جاز) أي بيعه (بالصفة) ولو من بائعه قال ابن رشد: وقول ابن العطار قيل: لا يجوز بصفة البائع غير صحيح إنما لا يجوز النقد فيه بصفة البائع ربعاً كان أو غيره اه. ولا بد من وصفه بما تختلف فيه الأغراض كما في السلم ثم عطف على الصفة (أو رؤية تقدمت) قبل عقد المبيع بحيث لا يتغير

المبيع بعدها (أو معرفة) من عطف الخاص على العام وكأنه أراد بالرؤية مرة أو مرتين وبالمعرفة أكثر، ومفهوم غاب عن البلد أن حاضر البلد الغائب عن مجلس العقد لا يجوز بيعه بالصفة وهو نص مالك في كتاب ابن المواز قال بهرام تبعاً للتوضيح وابن عبد السلام: ويؤخذ من المدونة الجواز في خمسة مواضع فهما قولان: وفي الزرقاني: إن الجواز هو المشهور، وأما الحاضر مجلس العقد فلا بد من رؤيته ولا تكفي فيه الصفة إلا فيما في فتحه ضرر أو فساد كقلل الخل المغطية المطينة والساج المدرج، وقد تلخص أن بيع الغائب إما على الصفة فيشترط فيه أن لا يبعد جداً وأن لا تمكن رؤيته بلا مشقة وأن يوصف بما يحصره ولو وصفه بائعه أو برؤية متقدمة بشرط أن لا يتغير بعدها غالباً. هذا كله إذا بيع على اللزوم فإن كان على خياره بالرؤية جاز بلا شرط.

وجاز شرط النقد

في المبيع الغائب على اللزوم في العقار ولو بعد (في المشهور) خلافاً لأشهب، وفي غيره إن قرب كاليومين التوضيح، ونقل الباجي عن أشهب منه اشتراط النقد مع البعد ثم قال: وهذا الخلاف إنما هو إذا بيع العقار جزافاً فإن بيع مزارعة فلا يصح النقد فيه وضمانه من بائعه اه. قال مصطفى: اعتمد في التوضيح كلام أشهب، وتبعه السنهوري وغيره.
والظاهر الإطلاق في جواز اشتراط النقد في العقار بيع مزارعة أم لا. كما أطلق غير واحد لأن المقصود بالزرع في العقار إنما هو وصفه وتحديده، وأن قول أشهب: هذا مقابل كما في التتائي والله أعلم. (ومشتر) لعقار غائب (يضمن) ما هلك منه قبل قبضه (للجمهور) هذا الذي حكاه الناس عن مالك أولاً، وأنه قال: الضمان من المشتري إلا أن يشترطه على البائع ثم رجع إلى العكس، وأنه من البائع إلا أن يشترطه على المشتري، وهو الذي في المدونة ثم هل القولان في الرباع أو الرباع من المشتري اتفاقاً؟ طريقان اه. في المواق عن المدونة لم يختلف قول مالك في الرباع والدور والأرضين والعقار أن ضمانها في المبتاع من يوم العقد وإن بعدت. (والأجنبي) أراد به النائب عن غيره (جائز منه الشرا)ء لغيره حال كونه (ملتزم العهدة) على نفسه لمن اشترى منه (فيما يشترى) والمعنى أنه يجوز للرجل أن يشتري لغيره ويلتزم العهدة على نفسه فيما اشتراه له أو أنه يجوز أن يباع من الرجل على أن يلتزم العهدة لمن اشترى له فالأجنبي مشترٍ على كل حال، والشراء في كلام الناظم محتمل لمعناه المتبادر وللبيع كما في

قوله تعالى: وشروه بثمن بخس} (يوسف:20) وجاء الاحتمالان باعتبار متعلق الجواز أي يجوز له أن يشتري على هذه الصفة أو يجوز للغير أن يبيع منه على الصفة، وأشار بذلك إلى قول ابن سلمون وإن ابتاع الأجنبي ملتزم العهدة فذلك جائز. وقال ابن رشد: وسيأتي في أول كتاب الكفالة اشتراط العهدة على رجل أجنبي قاله الشارح. وجعله (م) إشارة إلى ما في

التوضيح من قوله. فرع: إن علم المبتاع عند البيع أن المبيع لغير المتولي، فخيره مالك في الرد أو التماسك على أن عهدته على الآمر إلا أن يرضى الرسول أن يكتبها على نفسه فلا حجة للمشتري ابن المواز: وذلك إذا ثبت أنه لغيره اه. وفيه بعد لاحتياجه للتقدير، ولأن جائز حينئذ صوابه لازم ولا بد من ثبوت النيابة كما قال ابن المواز: وإلا فهو المطالب بالعهدة ما لم يعلم الآخر.

فصل في بيع العروض

أراد بها ما عدا الأمور الخمسة المذكورة في قوله: ما يستجاز بيعه أقسام الخ. ولذا بينها بقوله: (من الثياب وسائر السلع) لا ما عدا العين والطعام كما زعمه (م) (بيع العروض بالعروض) مبتدأ (إن قصد) شرط حذف جوابه (تعاوض) خبر المبتدأ هذا هو المختار في مثل هذا التركيب مثل: **وإنا إن شاء الله لمهتدون}** (البقرة:70) أي يسمى معاوضة. (وحكمه بعد يرد). وحاصل صوره ثمان لأن العرض بالعرض إما يداً بيد، وإما أن يتأخر أحدهما، وفي كل إما أن يكون واحداً

بواحد أو بأكثر، وفي كل إما أن يكونا من جنس واحد أو من جنسين (فإن يكن مبيعها) أي العروض (يداً بيد فإن ذاك جائز كيف انعقد) أي كانا متماثلين أو متفاضلين اتحد الجنس أو اختلف فهذه أربع. (وإن يكن) أحد العوضين (مؤجلاً) والآخر نقداً وأما إذا كانا مؤجلين معاً فليس إلا المنع وفيه أربع صور زائدة على الثمان لم يتعرض لها الناظم. (وتختلف أجناسه) كثوب من حرير في ثوب أو ثوبين من صوف مثلاً. (فما تفاضل أنف) أي منع كما لم يمنع التماثل، وهاتان صورتان (والجنس) أي وبيع الجنس (من ذاك) المذكور من العروض (بجنس) أي متماثلين (للأمد) للأجل (ممتنع فيه تفاضل فقد) فحسب كثوب من حرير معجل بثوبين منه إلى أجل لسلف بمنفعة وعكسه بضمان بجعل، وأما واحداً بواحد فجائز (إلا إذا تختلف المنافع) فيجوز واحد باثنين كسيف قاطع في سيفين دونه وكصغيرين في كبير، وعكسه إن لم يؤد إلى المزابنة. (وما لبيع قبل قبض مانع) أي يجوز بيع العروض قبل قبضها، وإن كانت من بيع أو سلم وليست كالطعام في ذلك. قال في المدونة. وما ابتعته أو أسلمت فيه عدا الطعام والشراب من سائر العروض على عدد أو كيل أو وزن فجائز بيع ذلك كله قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس المال أو أقل أو أكثر نقداً وبما شئت من الأثمان. (وبيع كل) من العروض (جائز بالمال) أي من العين (على الحلول وإلى الآجال) المعلومة غير البعيدة جداً كما مر (ومن يقلب ما

يفيت) هو أي التقليب (شكله) كفخار أو زجاج يكسره بسبب سقوطه من يده حين تقليبه (لم يضمن إلا حيث لم يؤذن له) في ذلك، أما مع الإذن نصاً أو حكماً كأن يأخذها وصاحبها ينظر بناء على أن السكوت رضا فلا ضمان عليه، وكذا السيف يهزه فينكسر، والدابة يركبها فتموت، وكقلة الخل يرفعها ليعرف قدرها وملئها فتنكسر. أصبغ: وهذا عندي ما لم يعنف كأن يعلق القلة الكبيرة بأذنها فيضمن إلا أن يراه صاحبها فلا ضمان عليه ويضمن ما سقطت عليه بكل حال، فإن ادعى رب القارورة حيث أذن له أنه فرط أو تعمد طرحها فعليه اليمين. (والبيع جائز على أن ينتقد) الثمن (في موضع) أي بلد (آخر إن حد الأمد) وإلا لم يجز. قال في المدونة: ومن باع سلعة بعين على أن يأخذه ببلد آخر فإن سميا البلد و لم يضربا لذلك أجلاً لم يجز، وإن ضربا لذلك أجلاً جاز سميا البلد أو لم يسمياها، فإن حل الأجل فله أخذه بالعين أينما لقيه. وفي العروض يجبر على الخروج معه إلى البلد أو يوكل اه. وقال ابن عرفة: فيها بيع سلعة بثمن عين إلى أجل شرط قبضه ببلد لغو، وإن لم يذكر الأجل معه فسد البيع، ابن رشد اتفاقاً انظر الحطاب. (وبيع ما يجهل ذاتا) تمييز أي جهلت حقيقته يعني ويسمي باسمه كمن يشتري هذا الحجر، فإذا هو ياقوتة (بالرضا بالثمن البخس أو الغالي مضى) هذا هو الخبر، وقوله بالرضا يتعلق به أي مضى بالرضا بالثمن البخس أو الغالي بخلاف ما إذا سمي بغير الاسم الذي له، فللمغبون من المتبايعين القيام كما قال: (وما يباع أنه ياقوتة أو أنه زجاجة منحوتة. ويظهر العكس بكل منهما جاز به) أي بسببه (قيام من تظلما) أي شكا أنه مظلوم. وقد أشار للمسألة (خ) بقوله: و لم يرد بغلط أن سمى باسمه منطوقاً ومفهوماً.

فصل في حكم بيع الطعام

وحاصله أن الطعام إذا بيع بغيره من نقد أو عرض فبيعه جائز ما لم يبع قبل قبضه، وإن بيع بطعام فإن كانا ربويين واتحدا جنساً كقمح وشعير حرم فيهما النساء وهو التأخير والفضل وهو الزيادة، و لم يجز بيعهما إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وإن اختلف الجنس كقمح وفول أو كانا غير ربويين كخوخ وتفاح أو أحدهما كقمح ومشمش حرم النساء فقط وجاز الفضل، ولو في الجنس الواحد لأن علة النساء مطلق الطعمية فيخرج من ذلك أنه (البيع للطعام بالطعام دون تناجز من الحرام) مطلقاً كيفما كان الطعامان لحرمة ربا النساء فيه مطلقاً، وإن بيع الطعام بالطعام مثلاً بمثل يداً بيد جاز مطلقاً، ولعله هو الذي عنى بقوله: (والبيع للصنف بصنفه ورد مثلاً بمثل مقتضى يداً بيد) لأن الجواز مع الأمرين المذكورين لا يختص بالصنف بمثله كقمح وقمح ولا بالجنس بجنسه كقمح وشعير، وإلا فهو مستغنى عنه بمجموع ما قبله وما بعده وكان حقه أن يؤخر قوله: (والبيع للطعام) ربوي أو غيره (قبل القبض) له بكيل أو وزن أو عد حيث اشترى على ذلك لا جزافاً فإن النظر إليه قبض (ممتنع) قيل تعبداً، وقيل ليظهر في الأسواق وتطمئن النفوس به، ومحل المنع إذا كان مشترى أو مأخوذاً عن صداق أو رزق قاض لا عن هبة أو قرض، ولذا قال: (ما لم يكن عن قرض) وأحرى عن هبة فيجوز لمن تسلف طعاماً أن يبيعه قبل أن يقبضه ثم لا يبيعه مشتريه حتى يستوفيه لأن ضابط المنع في الباب أن تتوالى عقدتا بيع لم يتخللهما قبض، ويجوز أيضاً لمن تسلف طعاماً أن يوفيه عما في ذمته من بيع كما يجوز لمن اشترى طعاماً أن يسلفه لغيره قبل قبضه وليست هذه من البيع قبل القبض، وفي كون طعام الغصب كالقرض أو كالبيع نقلا الباجي عن الموازية وحكاية القاضي، ومنع الشافعي البيع قبل القبض في كل شيء، وحيث جاز البيع فلا بد من تعجيل الثمن وإلا كان ديناً بدين، وتجوز الإقالة والتولية والشركة في الطعام قبل قبضه لأنها معروف.

ثم رجع الناظم لتمام أقسام بيع الطعام بالطعام فقال: (والجنس) أي بيعه (بالجنس تفاضلاً منع حيث اقتيات) وهو أن تقوم به البنية (وادخار) أي يحبس ولا يفسد لمدة حدها بعضهم ستة أشهر فأكثر (يجتمع) فيه أي ما ذكر، والجملة خبر أي ضع حيث اقتيات وادخار يجتمعان فيه كمد قمح بمدين من شعير (وغير مقتات ولا مدخر) كمشمش أو مقتات غير مدخر كلفت أو مدخر غير مقتات كلوز وجوز وتين على المشهور. (يجوز مع تفاضل) اتحد الجنس أو لا. (كالخضر) كبطيخ وقثاء (وفي اختلاف الجنس) للطعامين (بالإطلاق) من غير تقييد بربوي ولا غيره (جاز) البيع (مع الإنجاز باتفاق) ومنع مع التأخير كما تقدم في البيت الأول، فلم يخل هذا المحل عن تداخل (وبيع) شيء (معلوم) قدره بكيل أو وزن أو عدد (بما) بشيء (قد جهلا) قدره ومبلغه (من جنسه) أي من جنس المبيع به (تزابن) أي يسمى بذلك (لن يقبلا) شرعاً أي لا يجوز مأخوذ من الزبن والزبان وهو الخطر أو من الزبن بمعنى الدفع لأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده ويعتقد أنه الغالب، ولذا إذا كثر أحدهما كثرة بينة جاز في غير ربوي، وفي مسلم: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة وهي بيع العنب بالزبيب كيلاً. المازري: المزابنة عندنا بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنس واحد. ابن عرفة: يبطل عكسه بيع الشيء بما يخرج منه ويكون في الربوي وغيره اه. (خ): وكمزابنة مجهول بمعلوم أو بمجهول من جنسه، وجاز إن كثر أحدهما في غير ربوي، فلو زاد الناظم بعد هذا البيت:

كذاك مجهول بمجهول عدا

أن كثر الفضل ولا منع بدا

وسلم للشيء بشيء يخرج

منه تزابن وذاك المنهج

فصل في بيع النقدين

أي المسكوك من العين (والحلى) أي المصوغ (وشبهه) أي المحلى (والصرف أخذ فضة بذهب) أي هذه حقيقته (أو عكسه) أي أخذ ذهب بفضة، وهذا إنما يحتاج إليه إذا اعتبر أخذ معين وإلا فهو عين ما قبله (وما) نافية (تفاضل أبي) أي لا يمتنع فيه التفاضل كأوقية من ذهب بأوقيتين من فضة، وإنما يمتنع فيه التأخير كما سيقوله: (والجنس بالجنس) أي بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة (وهو المراطلة) إذا كان ذلك (بالوزن أو) أي فإن بيع الجنس بالجنس (بالعد ف)هو (المبادلة).

والشرط في الصرف

المذكور أولاً (تناجز) فيحرم التأخير في القبض للعوضين أو أحدهما عن محل العقد ولو كان التأخير قريباً قال الحطاب: ويتنزل منزلة ذلك إذا تراخى القبض عن العقد وهما بالمجلس تراخيا طويلاً، وأما إن كان ذلك يسيراً فلا يفسد العقد وإن كان مكروهاً وقد قال في المدونة في الذي يصرف ديناراً من صيرفي فيدخله تابوته ثم يخرج الدراهم: لا يعجبني ولكن يدعه حتى يرى الدراهم فيأخذ ويعطي. (فقط) فحسب أي لا يشترط فيه مماثلة (ومعه المثل بثان يشترط) الباء للظرفية والظرف والمجرور متعلقان بيشترط أي: ويشترط في الثاني وهو بيع الجنس بالجنس مع التناجز التماثل لحديث «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الخ. فلا يجوز فيه التفاضل بحال معدودين كان أو مصوغين أو مختلفين إلا ما يأتي من رخصة المبادلة، وفي المدونة وجه المراطلة اعتدال الكفتين، ولا يجوز أن يتجاوز أحدهما لصاحبه رجحان شيء. راطل أبو بكر أبا رافع خلخالين بدراهم فرجحت دراهم أبي رافع فقال: هو لك حلال. فقال أبو بكر: إن أحللته أنت فإن الله لا يحله.

وللمراطلة صورتان: إحداهما: أن يجعل كل ذهبه في كفة حتى يعتدلا والأخرى أن يجعل أحد الذهبين في كفة والحجر في كفة، فإذا عادله نزع وجعل الذهب الآخر مكانة حتى يعادل الحجر كذلك ابن رشد: وهذه أصح (خ): ومراطلة عين بمثله بصنجة أو كفتين ولو لم يوزنا على الأرجح، وأما المبادلة فقال في التوضيح: لا تجوز إلا في الدراهم والدنانير إذا كان التعامل بهما عدداً، فإن كان التعامل بالوزن لم يجز إلا بالوزن فتعود مراطلة اه. وإذا كان التعامل بالعدد جازت في القليل والكثير ما لم يكن أحد العوضين أوزن فيمتنع إلا في اليسير وهو ستة فدون على المشهور، وقيل: ثلاثة فيجوز بأوزن إذا قل الفضل كسدس (خ): وجازت مبادلة القليل المعدود دون سبعة بأوزن منها بسدس سدس والأجود أنقص أو أجود سكة ممتنع، وإلاّ جاز قال الحطاب: ومن شرطها أن تكون بلفظ المبادلة وواحد

بواحد، وأن تكون السكة واحدة وعلى وجه المعروف اه. ثم المعتبر الأشخاص فلا يجوز إبدال دينار بأربعة أرباعه ولا ريال واحد بثلاثين موزونة أو أكثر هي أنقص إلا بالمراطلة. وفي الموق ابن رشد كره مالك أن يعطي الرجل المثقال

ويأخذ أربعة وعشرين قيراطاً معدودة بغير مراطلة، لأن الشيء إذا وزن مجتمعاً ثم فرق زاد ونقص، وأجاز ذلك ابن القاسم استحساناً على وجه المعروف في الدينار الواحد كما أجازوا مبادلة الدينار الناقص بالوازن على وجه المعروف قال (م): وهذا يعني قول ابن القاسم صريح في جواز إبدال الدينار بنصفي دينار أو بأربعة أرباعه وإن لم يتساو العوضان في الوزن، وعلى هذا اعتمد شيخ شيوخنا أبو عبد الله القصار في فتواه بجواز إبدال ريال كبير بعشرين موزونة أو بأكثر إذا صغرت الدراهم وذلك في ريال واحد لا في أكثر ومأخذه في ذلك ظاهر والله أعلم اه. وفتوى التونسي مخالفة للمشهور. (وبيع ما حلي) بذهب أو فضة وكان يخرج منه شيء من ذلك إن سبك أي حرق (مما اتخذا) أي مما جاز اتخاذه كالمصحف مطلقاً والسيف للرجال أو الثوب للمرأة (بغير جنسه) أي بغير جنس حليته كان يباع المحلى بالذهب بفضة والمحلى بالفضة بالذهب (بنقد) أي بمعجل لا بمؤخر (نفذا) أي جاز وهو الخبر عن قوله: وبيع ما حلي وهذا إذا لم تكن الحلية تبعاً فإن كانت تبعاً بأن يكون الثلث فدون جاز البيع بجنسه وبغير جنسه، وهل بالقيمة أو الوزن؟ خلاف فإذا كان وزن الحلية عشرين ولصياغتها تساوي ثلاثين وقيمة النصل أربعون جاز على الثاني دون الأول. (خ): وجاز محلى وإن ثوباً يخرج منه عين إن سبك بأحد النقدين إن أبيحت وسمرت وعجل بغير صنفه مطلقاً وبصنفه إن كان الثلث. (وكل ما) أي محلى (الفضة فيه والذهب فبالعروض البيع فيه قد وجب) ولا يجوز بالذهب ولا بالفضة لما يلزم عليه من بيع ذهب بذهب وفضة وعرض ومبادلة إلا أن يكون مجموعها تبعاً للمحلى، فيجوز بكل منهما. (خ): وإن حلى بهما لم يجز بأحدهما

إلا إن تبعا الجوهر.

فصل في بيع الثمار وما يلحق بها

من المقاثي والخضر والنور كالورد والياسمين. (بيع الثمار) من عنب أو تمر أو تفاح أو مشمش (والمقاثي) كالبطيخ والفقوس (والخضر) كاللفت والفجل والخس والبصل (بدو) بفتح فسكون. قال في القاموس: بدا بدواً وبدواً وبدا ظهر (الصلاح) ومر تفسير (خ) وهو الزهو وظهور الحلاوة وفي ذي النور بانفتاحه. (فيه) أي في بيع جميع ما ذكر (شرط معتبر) فحيث وجد جاز البيع (وحيث لم يبد صلاحها امتنع) بيعها وبدوه في بعض حائط ولو في نخلة أو عرق منها أو دالية أو اسوداد عنقود أو حبات منه كاف في جنسه في الحائط كله، وفي مجاوره إن لم تبكر، وفي المسألة أربعة أقوال ويدخل في الثمار الحبوب كالقمح وبدو الصلاح فيه ييبس جميعه فإن بيع قبله وبعد الإفراك مضى باليبس، (ما لم يكن بالشرط للقطع وقع) أي: لا يجوز البيع قبل بدو الصلاح على أن تبقى للطيب ولا على السكت ما لم يقع البيع على شرط القطع، فيجوز حينئذ ولكن بشروط ثلاثة إن نفع الحصرم واضطر له ولم يتمال الناس عليه لما في ذلك إذاً من غلبة الفساد، وتقدم أنه يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها أيضاً إذا كانت مع الأصل أو ألحقت به، وكذلك الزرع مع الأرض وفيهما ثلاثة أقوال. حكاها ابن سلمون. (وخلفة القصيل ملكه حري) أي حقيق (لبائع) وإنما للمشتري الجزة الأولى، ولذا يجوز بيعه بالطعام نقداً أو إلى أجل (إلا بشرط المشتري) أي لا حق للمشتري فيه إلا أن يشترطه. قال الزرقاني:

ويجوز اشتراط الخلفة بأربعة شروط. أن تكون مأمونة كبلد سقي بغير مطر، وأن تشترط كلها، وأن لا يشترط ترك الأصل إلى أن يحبب، وأن يبلغ الأصل حد الانتفاع به. (ولا يجوز في) بيع (الثمار) أو المقاثي (الأجل) كأن يبيعه ما تطعمه المقثاة شهراً لاختلاف الحمل كثرة وقلة قاله في المدونة. (إلا بما) أي إلا في الشجر الذي (إثماره متصل) كالموز والقرط فلا بد فيه

من ضرب الأجل لاستمرار إطعامه. (وغائب في الأرض) كالجزر والفجل والبصل (لا يباع إلا إذا يحصل الانتفاع) به هو كقول (خ) والبقول بإطعامها. وقال الباجي: بدو الصلاح في مغيب الأصل كاللفت والبصل إذا استقل ورقه وتم وانتفع به ولم يكن في قلعه فساد. (وجائز في ذاك) أي في بيع الثمار والمقاثي والخضر (أن يستثنى أكثر من نصف له) كثلثين (أو أدنى) من نصف كثلث أو ربع، وهذا في الشائع بدليل قوله: (ودون) صوابه وقدر (ثلث إن يكن ما استثني) معيناً (بعدد) كعشرة آلاف من الجوز أو مائة أترجة أو بطيخة (أو كيل) كوسق من تمر (أو بوزن) كقنطار منه من تين أو عنب (خ): ويجوز بيع صبرة وثمرة واستثناء قدر ثلث وجزء مطلقاً (وإن يكن) البائع (لثمرات عينا) أي استثنى ثمرة شجرات بأعيانها (فمطلقاً يسوغ) استثناء (ما تعينا) حين البيع كهذه النخلة وهذه وهذه كان قدر الثلث أو أكثر لأن المبيع هو ما سواه وهو معين أيضاً وبقيت صورة رابعة لم يذكرها الناظم، وهي أن يبيعه على أن للبائع خمس نخلات يختارها فيجوز في الخمس فدون وبشرط أن تكون قدر الثلث فدون (وفي عصير الكرم) أو غيره من الأشربة والأطعمة ربوية أو غيرها حاشا الماء (يشرى) أي يباع (بالذهب أو فضة) أو بعرض (أخذ الطعام) كقمح أو شعير أو غيرهما (يجتنب) في ذلك لما فيه من اقتضاء الطعام عن ثمن الطعام إلا أن يكون مثل الأول الذي خرج من يده صفة وقدراً ويكون إقالة، وكذا لا يجوز أخذ اللحم عن ثمن الحيوان ولا العكس ولا أخذ طعام عن كراء أرض الحرث، ولا أخذ الثياب عن ثمن الغزل إذا كان بعد مدة يمكن أن ينسج فيها قاله في المدونة.H

فصل في الجائحة في ذلك

أي في الثمار وما ألحق بها (وكل ما لا يستطاع الدفع له جائحة) أي: معدود منها وذلك (مثل الرياح المرسلة) والثلج والبرد والمطرالغالب والعفن والجراد والدود والطير والفار والنار (والجيش معدود من الجوائح) لأنه لا يستطاع دفعه (كفتنة) بين أهل القرية وغيرهم (وكالعدو الكاشح) المضمر للعداوة ثم أشار إلى أن الجائحة إن كانت من العطش رجع بها مطلقاً قل المجاح أو كثر في الثمار أو غيرها، وإن كانت من غيره ففي الثمار والمقاثي لا يرجع بها إلا إذا بلغت الثلث، وفي البقول يرجع بها مطلقاً، وفي القصب الحلو وورق التوت قولان. وكذلك في الجزر والمعتمد منهما فيه الثاني وأنه كالبقول فقال:

فان يكن من عطش ما اتفقا

من الجائحة (فالوضع للثمن فيه مطلقا) بلغ الثلث أو لا. قال في التوضيح: لأن السقي على البائع فأشبهت ما فيه حق توفية (وإن تكن من غيره) أي من غير العطش (ففي الثمر ما بلغ الثلث فأعلى) بأن زاد عليه هو (المعتبر) في وضعها فلا توضع فيما نقص عنه (وفي البقول الوضع في الكثير وفي الذي قل على المشهور) لأن غالبها من العطش ومقابل المشهور قولان، روى علي: لا توضع حتى تبلغ الثلث وفي الجلاب لا جائحة فيها. قلّت أو كثرت توضيح. (وألحقوا نوع المقاثي بالثمر هنا) فلا جائحة فيها إلا إذا بلغت الثلث (وما) كان (كالياسمين) والورد من كل ما يجنى ثمره ويبقى أصله

(والجزر) أي ألحقوه أيضاً بالثمر، وهذا القول قطع به ابن هارون في اختصار المتيطية وصدر به ابن سلمون وبنى عليه وثيقة إذ قال: وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالجوائح إلى الأسفنارية أو اللفت المزدرعة ببلد كذا ونظروا إليها فرأوا أنه قد تعفن منها كثير بتوالي الأمطار أو فسد بسبب دود وقدروا ما فسد منها بالثلث أو النصف لا يشكون في بيان ذلك ولا قيام في هذه بالجائحة حتى تبلغ الثلث وهي بمنزلة الثمرة في رواية سحنون عن ابن القاسم في العتبية، في رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة: أنها بمنزلة البقول توضع الجائحة في قليلها وكثيرها اه. وهذا هو المشهور (خ) وتوضع من العطش وإن قلت ولولا قول الناظم به بإفراد الضمير لأمكن أن يكون قوله: والجزر مستأنفاً مبتدأ وما بعده معطوف عليه (والقصب الحلو به) أي فيه (قولان) أي أنه كالثمار أو كالبقول (كورق التوت هما سيان) في القولين المذكورين وفي القصب الحلو قول ثالث إنه لا جائحة فيه (و) الثمار (كلها البائع ضامن لها إن كان ما أجيح) منها (قبل الانتها) لطيبها. وظاهره أن بانتهاء الطيب تخرج من ضمان البائع وإن لم يمض من الزمان ما يمكن قطعها فيه وهو أحد أقوال ثلاثة. والثاني حتى يمضي ذلك، والثالث حتى يتناهى طيبها

ويمضي ما يمكن قطعها فيه وما جرى العرف بتأخيرها إليه، وحيث رجع المشتري بالجائحة فإنه يرجع بقدر المجاح من الثمن إن كان المجاح مما يحبس أوله على آخره كالحب والزيتون والتمر، فإن أجيح الثلث منه رجع بثلث الثمن، وإن أجيح أقل أو أكثر رجع بحسب ذلك، فإن كان مما يطعم بطوناً ولا يحبس أوله على آخره رجع بالقيمة فيقوم المصاب ويقوم السالم، وتنسب قيمة المصاب من الجميع ثم يرجع بتلك النسبة من الثمن

فصل في بيع الرقيق وسائر الحيوان

بيع الرقيق أصله السلامة

من العيب فإن نص عليها فذاك (وحيث لم تذكر) السلامة ولا شرطت (فلا ملامة) لأنه محمول عليها، فللمشتري القيام بكل عيب قديم ثم يظهر فيه ما لم يكن اشتراه على البراءة فلا قيام حينئذ بما يظهر من القديم إلا أن يثبت علم البائع به

وتدليسه. (وهو) أي بيع الرقيق الذي هو على العلامة نصاً أو حكماً بأن لا يكون على البراءة (مبيح للقيام) بالعيب (عندما يوجد عيب بالمبيع قدما) قال ابن سلمون: بيع الرقيق على وجهين على السلامة وعلى البراءة، ويكتب في الأول: اشترى فلان من فلان مملوكة وذكر صفتها وثمنها ثم قال: وعلى الصحة من جميع العيوب وبمحضر المملوكة وإقرارها بالرق لبائعها إلى أن عقد فيها البيع قال: وفائدة الاعتراف بالرق أنه قد تثبت الحرية والبائع عديم فيرجع بالثمن على الأمة أو العبد إن كان ملياً، وفي الاستغناء لا قيام له بعد ذلك بالحرية إن ادعاها. وقولنا: على الصحة والسلامة حسن ولو سكت عنه فالبيع محمول على ذلك حتى ينص فيه على البراءة.

فرع:من اشترى بالبراءة لا يبيع بالعهدة فإن فعل فللمشتري الخيار إذا علم لأنه يقول قد تعدم ولا أجد من أرجع عليه غيرك، ومن اشترى بالعهدة لا يبيع بالبراءة لأنه داعية للتدليس وقيل: لا بأس به. (والعيب) في الرقيق ثلاثة أقسام لأنه (إما ذو تعلق) واتصال (حصل ثبوته فيما يباع) على وجه لا ينفك عنه ولا ينتقل عنه (كالشلل) والقطع والهرم وسقوط سنين وفي الرابعة الواحدة (أو ما له تعلق) بالمبيع واتصال به (لكنه منتقل عنه) ويفارقه في بعض الأحيان دون بعض (كمثل الجنة) والأوجاع والبول في الفراش.

فائدة:قال في القاموس: والجنة بالكسر طائفة الجن والجنون والجان اسم جمع للجن والجني نسبة إلى الجن أو الجنة. وفي الغريبين: الجنة اسم للجن.

أو بائن

أي القسم الثالث أن يكون العيب بائناً أي ليس معلقاً به حساً بل معنى (كالزوج والإباق) والسرقة والولد والولدين ففي القسمين الأخيرين يرد مطلقاً، وفي الأول يفصل بين أن يكون العيب ظاهراً فيرد به الجاهل دون العارف أو خفياً، ففي رد العارف قولان. وهذا معنى قوله: (فالرد في الجميع بالطلاق) كان المشتري نخاساً عارفاً بالعيوب أو لا. (إلا بالأول فما منه ظهر لمن يكون بالعيوب) للرقيق (ذا بصر) بمعرفتها لتحرفه بذلك واعتياده له، فهذا لا رد له (والخلف في الخفي منه) أي من هذا القسم، فروى ابن حبيب وابن القاسم عن مالك، أنه لا رد له. والثاني لابن القاسم أنه يرد بعد أن يحلف ما رآه. قال ابن المواز: إلا أن يكون المبتاع مع بصيرته بالعيب غير متهم لصدقه وتدينه فيرد دون يمين، وإليه أشار بقوله: (والحلف يلزم إلا مع تدين عرف) ثم لا يرد بالعيب إلا بعد ثبوته وكونه قديماً (خ): والقول للبائع في نفي العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشتري وحلف من لم يقطع بصدقه وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين، و لم يحلف مشتر ادعيت رؤيته للعيب إلا بدعوى الإراءة ولا الرضا به إلا بدعوى مخبر ولا بائع أنه لم يأبق لإباقه بالقرب. ابن عرفة: وفي نوازل ابن الحاج عن ابن أبي زمنين ما نصه: من اشترى شيئاً وأشهد على نفسه أنه قلب ورضى ثم وجد عيباً مثله يخفى عند التقليب حلف ما رآه، ورده إن أحب وإن كان ظاهراً مثله لا يخفى عند التقليب لزمه ولا رد له، وإن لم يشهد أنه قلبه ورضي رده من الأمرين معاً قاله عبد الملك وأصبغ. ابن عات: من امتنع من دفع ثمن ما ابتاعه لدعوى عيب به إن كان ظاهراً لا طول في القيام به لم يلزم دفعه حتى يحاكمه، وقاله ابن راشد: إن كان ينقضي من ساعته.

(وحيث لا يثبت في العيب القدم) وقد ادعاه المشتري وقال البائع: إنما حدث عندك (كان على البائع في ذاك القسم) لأن القول في نفي العيب ونفي قدمه كما مر مع يمينه لقد بعته وما هو به، وفي ذي
التوفية لقد بعته وأقبضته وما هو به العيب الظاهر، وعلى نفي العلم في الخفي وإليه أشار الناظم بقوله:

وهو

أي القسم (على العلم بما يخفى) من العيوب كالزنا والسرقة (وفي غير الخفي) من العيوب كالعمى والعرج والعور (الحلف) بسكون اللام (بالبت اقتفي) اتبع (وفي نكول بائع) عن اليمين المذكور (من اشترى يحلف) أي يحلف المشتري على ما ادعاه من قدم العيب (والحلف) منه (على ما قررا) من كونه بتاً في الظاهر وعلى نفي العلم في الخفي فيقول: ما أعلمه حدث عندي في الخفي وهو ما في كتاب محمد وبه القضاء. وقيل: يحلف المشتري على البت فيهما، وقيل على نفي العلم فيهما. (وليس في صغيرة) لا تطيق الوطء (مواضعة ولا لوجش) وهي الدنيئة لا تراد للفراش (حيث لا مجامعة) وإنما المواضعة في العلى المطيقة أو الوخش الموطوءة للبائع (خ): وتتواضع العلية ووخش أقر البائع بوطئها عند من يؤمن ثم قال: ولا مواضعة في متزوجة وحامل ومعتدة وزانية كالمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يغب المشتري. ابن عرفة: المواضعة جعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضها. قال في المدونة: والشأن كونها على يد امرأة فإن وضعت بيد رجل له أهل ينظرونها أجزأ. (ولا يجوز) في بيع الأمة المفتقرة للمواضعة على (شرط تعجيل الثمن) من البائع على المشتري فإن باعه على شرط التعجيل فسد البيع للتردد بين السلفية والثمنية (وإن يكن ذاك) التعجيل للثمن.
(بطوع) من المشتري (فحسن) أي فحائز والمضر إنما هو الشرط ولو لم ينقد بالفعل (والبيع مع براءة) وهو أن يشترط البائع على المشتري أن لا يرجع عليه بعيب قديم يظهر بالمبيع لا علم للبائع به، فإن علم بين أنه به ووصفه أو آراه و لم يجمله في نفسه كسارق أو آبق حتى يبين جنس سرقته وقدر إباقه ولا مع غيره كسارق وآبق وهو بريء من أحدهما، لأن المشتري قد يعلم براءته منه فيظن أن الآخر كذلك (إن نصت) أي
شرطت في صلب العقد نصاً (على الأصح بالرقيق) هما متعلقان بقوله و(اختصت) وهو خبر المبتدأ على حذف مضاف أي اختص بيعها مثل
قوله تعالى: والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن} (البقرة:234) والأصح هو ما في المدونة وإليه رجع مالك وهو قول مالك وعليه جمهور أصحابه ومقابله يأتي (والفسخ) لبيع البراءة (إن) بدا (عيب بدا) كائن (من حكمه) فهو الخبر عن قوله: والفسخ. (مع اعتراف) من البائع بعلم قدمه (أو ثبوت علمه) لقدمه ببينة فإن لم يكن ببينة ولا إقرار وادعى المشتري عليه أنه علم بالعيب ودلس فالقول للبائع (ويحلف البائع مع جهل) في دعواه جهل العيب (الخفي بالعلم) أي عليه (و) العيب (الظاهر بالبت حفي) بالحاء المهملة بالغ الغاية، وعول في هذه التفرقة على ابن العطار إذ قال: ويحلف في العيب الخفي على العلم وفي الظاهر على البت. قال المتيطي: وانتقد ذلك ابن الفخار: وقال: يحلف بائع البراءة على العلم أنه لم يعلم به خفياً كان أو ظاهراً لأنه إنما تبرأ مما لم يعلم، وإنما تفترق اليمين في العيب الظاهر والباطن. فيما بيع من العبيد بغير البراءة اه من الشارح. ونقله أيضاً ابن سلمون واليزناسني ومثله لابن رشد. فالعجب من (م) في

تسليمه لكلام المصنف. (وحيثما نكوله) أي البائع عن اليمين أنه لا يعلم العيب (تبدا) أي ظهر، رد عليه المبيع بمجرد نكوله دون يمين المشتري وهو قوله: (به) أي عليه (المبيع لا اليمن ردا). ثم أشار إلى مقابل الأصح بقوله: (وبعضهم) وهو ابن وهب، ورواه ابن حبيب عن مالك (فيها الجواز أطلقا) يقال: إن البراءة جائزة في كل شيء، ولعبد الوهاب أنها لا تجوز في شيء وفي الموطأ أنها جائزة في الحيوان مطلقاً ففيها أربعة أقوال. أصحها الاختصاص بالرقيق لأنه قد يكره بعض السادات فيظهر عيوباً ليست فيه، ولأنه يخبر بعيبه إذا كتمه بائعه (وشرطها مكث بملك) عند البائع حتى يختبره ويعلم ما فيه، فإن باع بها قبل طول مكثه فكرهه مالك، ومرة

أبطل البراءة، ومرة قال: إذا وقع مضى، وبهذا القول العمل بفاس ومعنى (مطلقا) اختصت بالرقيق أو لا.

واليوم واليومان)

والثلاثة (في المركوب وشبهه) كالثور (استثني) هو أي المركوب (للركوب) والثور للسخرة. قال في المدونة، قال مالك: من باع دابة، وفي اللخمي: راحلة، واستثنى ركوبها يوماً أو يومين جاز ذلك، ولا ينبغي فيما بعد. اللخمي: ويمنع ما كثر كالجمعة وضمانها من المبتاع فيما يجوز استثناؤه، ومن البائع فيما لا يجوز. قلت: هذا إذا تلفت في يد المشتري بأن قبضها ولو قيل مدة الشرط فالضمان منه لأنه بيع فاسد يضمن بالقبض قاله في اختصار المتيطية عن ابن المواز اه. ومسألة الثور ذكرها ابن سلمون، وذكر الأجهوري عن شيخه الثوب بالباء. (ولم يجز في الحيوان كله) عاقلاً أم لا. مأكولا أم لا. كالأمة والشاة (شراؤه على اشتراط حمله). لأنه كأنه أخذ لجنينها ثمناً فيكون من بيع الأجنة وهو ممنوع للغرور، وهذا كله في الشيء يزيد الحمل في ثمنها، والمشترط لذلك هو المشتري كما يفيده الناظم قال ابن رشد: وأما الجواري المرتفعات التي ينقصهن الحمل فيجوز أن يبيعها على أنها حامل إذا كانت ظاهرة الحمل لأن ذلك تبر من عيب حملها كالتبرىء من سائر عيوبها. (وذات حمل) أمة (قد تدانى) قرب (وضعها) بأن مضت له ستة أشهر فأكثر (لم يمتنع على الأصح بيعها) مصدر مضاف للمفعول أي لم يمتنع أن تباع، وإن احتمل موتها من الولادة فإن ذلك نادر (كذا المريض في سوى السياق) أي المريض الذي لم يبلغ حد السياق (يصح بيعه على الإطلاق) فإن بلغ حد السياق أي أشرف على الموت لم يجز بيعه مطلقاً أي: كان مأكول اللحم أم لا. وهذا هو الصواب خلافاً لابن عبد السلام وصاحب التوضيح، إذ حملا قول ابن الحاجب: ولا يباع من في السياق ويجوز بيع المريض المخوف والحامل المقرب على الرقيق وما لا يؤكل لحمه وجرى على ذلك في المختصر إذ قال: لا كمحرم

أشرف. قال ابن عرفة: ظاهر إطلاقاتهم، ونص ابن محرز منع بيع من في السياق ولو كان مأكول اللحم للغرر في حصول الغرض من حياته أو صيرورته لحماً. وفي حصول ذكاته لاحتمال عدم حركته بعد ذبحه اه.

والعبد

حال كونه (في الإباق مع علم محل قراره) ومع علم صفته (مما ابتياع فيه حل) أي مما يجوز بيعه. (والبائع الضامن) له (حتى يقبضا) وتبع الناظم في هذا قول المتيطي، ويجوز بيع العبد الآبق إذ علم المبتاع موضعه وصفته فإن وجد هذا الآبق على الصفة التي علمها المبتاع قبضه وصح البيع فيه، وإن وجده قد تغير أو تلف كان من البائع ويسترجع المبتاع الثمن، وقال سحنون: إنما يجوز ابتياع الآبق إذا كان في وثاق، والمشهور مذهب المدونة ففيها بيع الآبق ولو قربت غيبته ممنوع (خ): وقدرة عليه لا كآبق وإبل أهملت (وإن تقع إقالة) فيه (لا ترتضى) أي لا تجوز، وهذه المسألة مفروضة في بيع الغائب آبقاً كان أو لا. قال في الوثائق المجموعة: لم يختلف قول مالك ولا ابن القاسم أن الإقالة في بيع الغائب غير جائزة لأنه من وجه الدين بالدين. قال ابن سلمون: لأن الثمن قد ثبت على المشتري فلا يجوز أن يصير فيه شيئاً غائباً لا ينجز قبضه، ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقده ومفاده أنه تجوز الإقالة إذا كان المشتري قد دفع الثمن وهو ظاهر. (و)من ملك أمة وولدها (امتنع) أي حرم عليه (التفريق للصغار من أمهم) بأن يبيع الأم دون الولد أو العكس أو الأم لرجل والولد لآخر وإن عبده لحديث: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»: (إلا مع الإثغار) هو نبات بدل رواضعه بعد سقوطها. قال في الجواهر: هذا هو المشهور عن مالك وابن القاسم. وقال ابن حبيب: يفرق بينهما إذا بلغ سبع سنين. وفي كتاب محمد: إذا بلغ عشراً. وروى ابن غانم: لا يفرق بينهما قبل البلوغ، ولابن عبد الحكم ما عاشا اه. والمعتبر في الإثغار المعتاد لا

أن تعجل أو تأخر. (ثم) إن وقعت التفرقة المنهي عنها أجبر المتبايعان على أن يجمعاها في ملك بأن يبيع أحدهما للآخر ما في يده أو يبيعا معاً لثالث، وإلاَّ فسخ العقد الذي حصلت به التفرقة وهو المراد بقوله ثم: (بالإجبار على الجمع القضا والخلف) في التفرقة (إن يكن من الأم الرضا) بها فقيل: تجوز بناء على أن ألحق في الحضانة للحاضن، وبه قطع في المختصر هنا إذ قال: وكتفريق أم فقط من ولدها ما لم ترض. وقيل: ألحق للمحضون، وقيل لله تعالى وعليهما فلا تجوز وإن رضيت الأم قاله القلشاني ونصه.

تنبيه:المنع من التفرقة المشهور لحق الله تعالى فلا تجوز التفرقة ولو رضيت الأم، وقال ابن يونس: الأصوب أنها حق للولد فلا تجوز ولو رضيت الأم، ومنع التفرقة خاص بالأم على المشهور، وقيل الأب كذلك، وإن كانت الأم أعظم موجدة وخاص بالعاقل، وأما الحيوان البهيمي فقال ابن ناجي: هي جائزة فيه، وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجوز. وأن الحد فيه أن يستغني عن آبائه بالرعي نقله التادلي.

والحمل

في الرقيق (عيب قيل بالإطلاق) وهو قول مالك وابن القاسم (وقيل في علية ذي استرقاق) وهي الرائعة التي تراد للفراش، وأما الوخش فليس الحمل فيها بعيب وهو قول ابن كنانة (والافتضاض في سوى الوخش الدني) القبيحة التي تراد للخدمة وسواها هي الرائعة (عيب لها مؤثر في الثمن) وظاهر النظم أن ذلك عيب فيها مطلقاً وهو ظاهر أحكام ابن

سهل أيضاً، والذي في المقرب سئل سحنون عمن اشترى صبية مثلها لا يوطأ فوجدها مفتضة، قال: إن كانت من وخش الرقيق فليس ذلك بعيب، وإن كانت من العلى فذلك عيب يردها اه. فخص العيب بالتي لا يوطأ مثلها. ومثله في (خ) إذا قال عطفاً على ما لا رد به وثيوبة إلا فيمن لا يفتض مثلها. وقال ابن رشد: الجارية التي يوطأ مثلها محمولة على أنها وطئت فإن كان لا يوطأ مثلها فبين أن يشترط أنها بكر أو لا فرّق، فإن يشترط فبين وخش الرقيق وغيره فرق اه. نقله المواق والحاصل أن الثيوبة ليست بعيب في المطيقة مطلقاً ولا في غيرها إن كانت وخشاً وعيب في العلى الغير المطيقة فقط فلو قال: عيب لها إن لم تعلق وطأ عني.

والحمل

لحرة أو أمة (لا يثبت في أقل من ثلاثة من الشهور فاستبن ولا تحرك له يثبت في ما دون عدة الوفاة فاعرف) هذا كقول ابن عرفة: لا شك أن الحمل عيب ويثبت بشهادة النساء ولا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تحركاً بيناً يصح القطع على تحريكه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهدت امرأتان أن بها حملاً بيناً لا يشكان فيه من غير تحريك ردت الأمة فيما دون ثلاثة أشهر، و لم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال كونه حادثاً عند المشتري، وإذا شهدنا أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر، و لم ترد فيما فوق ذلك لاحتمال كونه حادثاً فإن ردت ثم وجد ذلك الحمل باطلاً لم ترد إلى المشتري لعلها أسقطته اه. وأصله لابن رشد ونحوه قول القرافي والمقري في قواعده: الولد يتحرك لمثل ما يتخلق له ويوضع لمثلي ما يتحرك فيه، وهو يتخلق في العادة تارة لشهر فيتحرك لشهرين ويوضع لستة، وتارة لشهر وخمس ليال فيتحرك لشهرين وثلث ويوضع لسبعة، وتارة لشهر ونصف فيتحرك لثلاثة ويوضع لتسعة وهو الغالب، ومع ذلك فالأحكام مبنية على الأول فهو مما قدم فيه النادر على الغالب وله نظائر.

تنبيه: ما ذكر المقري والقرافي من التحرك والتخلق لما ذكر كله خلاف المتفق عليه من حديث الصحيحين «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربعة برزقه وأجله وشقي أو سعيد». و لم يذكر الرابع. وجاء في رواية «أنه ذكر أو أنثى».

ويثبت العيوب أهل المعرفة

والبصر (بها) وبحقائقها (ولا ينظر فيهم لصفة) غير المعرفة. قال في المتيطية: عدولاً كانوا أو لا. ويقبل في ذلك أهل الكتب والواحد كاف والاثنان أولى.a وقال في الجواهر: فإن كان العدول من أهل المعرفة فهو أتم، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل فيه غيرهم، وإن كانوا على غير دين الإسلام حكاه القاضي أبو الوليد اه.والذي في (خ) وقبل للتعذر غير عدول وإن مشركين، وقال ابن الحاجب: وإن لم يوجد عدول قبل غيرهم للضرورة.

فصل

واتفقوا أن كلاب الماشية

المتخذة لحراستها وحفظها مما يعدو عليها من السباع (يجوز بيعها) كأنه أراد بالاتفاق تقوية القول بالجواز إذ قال ابن كنانة وابن نافع وسحنون وشهره بعضهم، وإلا فالمشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك هو المنع كما في البيان، وعن مالك أيضاً الكراهة، ورابعها يجوز الشراء دون البيع فكيف يصح الاتفاق. (ككلب البادية. وعندهم قولان في ابتياع كلاب الاصطياد) أي الكلاب التي يصطاد بها. المشهور المنع لابن القاسم، ورواه عن مالك، والجواز لابن كنانة وابن نافع وسحنون. (و) عندهم أيضاً قولان في ابتياع (السباع) التي هي في معنى الكلاب كالفهد، وهذا ما حمل عليه ابن راشد قول ابن الحاجب، وفي كلب الصيد والسباع قولان اه. وهو نص ابن سلمون بنفسه وحمله المنوفي على أن المراد الكلب الذي يحرس من السباع كما في التوضيح، وهذا هو ظاهر العبارة، لكن الناظم لما ذكر كلب الماشية والبادية تعين حمل كلامه على الوجه الأول كما ذكرنا. (وبيع ما كالشاة) والبقرة (واستثناء) أي مع استثناء (ثلثه) مثلاً إذ متى كان المستثنى جزءاً شائعاً قل أو كثر (فيه الجواز جاء أو قدر) بالجر عطف على ثلثه أي: والجواز أيضاً في بيع شاة واستثناء قدر. (رطلين معاً) أو ثلاثة أرطال أو أربعة (من شاة و) إذا أراد البائع ذبح الشاة ليأخذ الرطلين أو الأرطال وأبى المشتري أو العكس فإنه (يجبر الآبي) للطالب (على الذكاة) فلو أراد أن يعطيه لحماً من غيرها لتبقى له الشاة حية لم يجز وهو قوله: (وليس يعطى فيه) أي في المستثنى الذي هو القدر (للتصحيح) أي لتصح له الشاة وتدوم حياتها. (من غيره لحما) ولا غيره (على) القول (الصحيح) وهو لأشهب قال ابن المواز: لما فيه من بيع اللحم بالحيوان، ومقابل الصحيح الجواز. ورواه مطرف (والخلف في) استثناء (الجلد وفي) استثناء (الرأس) والأكارع وهما المراد بالساقط (صدر) بالمنع والجواز، وثالثها (مشهورها) وهو (الجواز في حال

السفر) لأنه لا قيمة للجلد ولا للساقط فيه بخلاف الحضر. وقد تحصل أن أوجه الاستثناء ثلاثة. إما الجزء الشائع أو الأرطال أو الساقط فإن مات الحيوان في الأول فالضمان منهما، وإن مات في الأخيرين فثلاثة أقوال. ثالثها: المشهور كما قال (خ): يضمن المشتري جلداً وساقطاً لا لحماً وإلى ذلك أشار الناظم بقوله:

وفي الضمان

أي في الأرطال والساقط (إن تفاني) الحيوان أي مات وفني (أو سلب) أي غصب الضمان فيهما وعدمه فيهما (ثالثها) الضمان (في الجلد والرأس يجب) لا غير (خ): وشاة واستثناء أربعة أرطال وجلد وساقط بسفر فقط وجزء مطلقاً ولم يجبر على الذبح فيهما بخلاف الأرطال، ولو مات ما استثنى منه معين ضمن المشتري جلداً وساقطاً لا لحماً.

فصل في بيع الدين والمقاصة فيه

أرادوا: اقتضائه والمقاصة فيه فحذف عاطفاً ومعطوفاً بقرينة ذكره بعد، وفي بعض النسخ بيع الدين بالدين ولا معنى له. (مما يجوز البيع بيع الدين) مبتدأ (مسوغ) خبره (من عرض أو من عين) حال من الدين أو بيان لما من قوله بما يجوز وهو متعلق بقوله: مسوغ بفتح الواو، والتقدير بيع الدين مسوغ أي جائز بما يجوز به البيع فحذف العائد المجرور بالحرف وشرطه موجود، وليس المراد بما يجوز به البيع للدين حتى يكون دوراً، بل بما يجوز به البيع من كون العرض طاهراً منتفعاً به مقدوراً على تسليمه الخ. ويزاد هنا شروط أخر منها ما ذكره الناظم بقوله: (وإنما يجوز) بيع الدين لغير من هو عليه (مع حضور من أقر بالدين) أي مع حضور المدين وإقراره وإن كان عليه بينة لأنه قد يطعن فيها أو يدعي القضاء فيكون من شراء ما فيه خصومة وهو ممنوع على المشهور، وأجاز ابن القاسم في سماع موسى بن معاوية شراء الدين على الغائب، وقال أصبغ في نوازله، ورواه أبو زيد عن مالك، وبه العمل عندنا في مسألة قلب الرهن وستأتي. (و)منها قوله ومع (تعجيل الثمن) وإلا كان من بيع الدين بالدين (وكونه ليس طعام بيع) فإن كان الدين طعاماً من بيع لم يجز لما تقدم من منع بيع طعام المعاوضة قبل قبضه (وبيعه بغير جنس مرعي) فإن بيع بجنسه لم يجز لأن الشأن في الدين أن يباع بأقل فيكون سلفاً بمنفعة، وسادس الشروط أن لا يكون المشتري عدواً للمدين يقصد بالشراء إعناته وإلا رد البيع وفسخ، وقيل يباع عليه إلا أن يعلم بائعه أيضاً فيتفق على فسخه وهو الأرجح، وإذا بيع الدين أو وهب أو تصدق به وكان فيه رهن أو حميل لم يدخل واحد منهما إلا بالشرط مع حضور الحميل وإقراره بالحمالة وان لم يرض بالتحمل لمن ملكه.
تنبيه: من بيع بالدين المسألة الملقبة عند العامة بقلب الرهن، وهي أن يكون بيد الانسان رهن في دين مؤجل ويحتاج إلى دينه فيبيعه بما يباع به ويحل المشتري للدين محل بائعه في حوز الرهن والمنفعة إن كانت المنفعة جعلت له، والبيع للرهن بالتفويض الذي جعل للبائع المرتهن وغير ذلك، ويكتب في ظهر وثيقة الدين أو في طرتها فإن سكتا عن الرهن لم يدخل وإن اختلفا في اشتراطه حلفا وفسخ، وحيث دخل فللراهن جعله تحت يد أمين إن لم تشترط منفعته أو اشترطت ولحقه ضرر، وإلاَّ فلا كلام له.

وفي طعام إن يكن من قرض يجوز الابتياع قبل القبض

في طعام متعلق بقوله: يجوز. وهذا مفهوم قوله: فيما تقدم والبيع للطعام قبل القبض ممتنع ما لم يكن من قرض، ومثل القرض في ذلك الصدقة والهبة وكل ما ليس عن عوض. (والاقتضاء للديون مختلف) حكمه فمنه ما يجوز ومنه ما لا يجوز. وحاصل صوره العقلية أربع وعشرون لأن الدين إما عين أو عرض، وكل منهما إما عن بيع أو قرض، وكل من الأربعة إما حال أو مؤجل، فهذه ثمانية، وفي كل إما أن يكون القضاء بمثل الدين قدراً أو صفة، وإما أن يكون بأقل منه قدراً أو صفة، وإما أن يكون بأكثر قدراً أو صفة، فإن كان بالمثل جاز في صورة الثمان وإن كان بأقل صفة أو قدراً جازت صور الآجال الأربع عين أو عرض من بيع أو قرض، ومنعت صور ما قبل الأجل كذلك لما فيه من ضع وتعجل،

وإن كان بأكثر فلا بد من التفصيل فإن كان أكثر قدراً منع في القرض عيناً كان أو عرضاً قبل الأجل أو بعده، وفي العرض من بيع قبل الأجل لما فيه من حط الضمان وأزيدك وجاز فيه بعد الأجل، وفي العين مطلقاً وإن كان بأفضل صفة جاز في القرض مطلقاً. وفي البيع بعد الأجل أو قبله وهو عين وإلا منع لحط الضمان وأزيدك. والناظم تكلم على ما قبل الأجل إذا قضاه بالمثل فقال: (والحكم قبل أجل لا يختلف) في الجواز (والمثل) أي والحالة أن المثل (مطلوب وذو اعتبار في الجنس والصفة والمقدار) فالجملة حالية مربوطة بالواو ومفهومه أنه إذا لم يطلب المثل بأن قضاه قبل الأجل بأقل صفة أو قدراً أو أكثر فيهما أو في أحدهما اختلف الحكم جوازاً ومنعاً، وهو كذلك كما يؤخذ مما بيناه قبل، ومفهوم قوله: وذو اعتبار في الجنس أشار له مقسماً للدين الذي يقضي بغير الجنس إلى عين وعرض والعرض إلى كونه من قرض أو بيع فقال: (والعين فيه) في العين أي وأخذ العين عن العين كذهب عن فضة أو عكسه (مع بلوغ أجلا صرف) جائز إذا لم يدخلا على تأخير أو غيره مما يحرم فيه (وما تشاؤه) أي وخذ عن العين

أيضاً كما هو الموضوع ما تشاؤه من عرض أو طعام أو غيرهما (إن عجلا) ذلك المأخوذ لئلا يلزم فسخ الدين أو في معين يتأخر قبضه (و)دين (غير عين بعده) أي الأجل (من سلف) حال (خذ فيه من معجل ما تصطفي) من عين أو عرض موافق أو مخالف، فإن لم يكن معجلاً منع لفسخ الدين في الدين، وهذا هو الحكم في دين القرض إذا كان عيناً فلا مفهوم لقوله: وغير عين، ومفهوم بعده فيه تفصيل فإن أخذ غير الجنس معجلاً جاز وإلا فلا. (وإن يكن) الدين العرض الذي هو في الذمة (من سلم) ومع كون العرض كذلك فلا حاجة لتأويل السلم بالبيع من سلم (بعد الأمد) أي الأجل (فالوصف) أي الحكم (فيه السمح جائز) أي من الطالب بأن يأخذ أقل أو أدنى من المدين ومن المدين بأن يعطى أكثر أو أجود (فقد) أي فحسب وهو راجع لقوله: بعد الأمد لأن قضاء دين البيع بأكثر أو أجود أو أقل أو أدنى إنما يجوز بعد الأجل ولا يجوز قبله لما فيه من حط أو ضع كما تقدم في التحصيل. قال في النوادر: وإذا حل الدين وليس بذهب ولا فضة جاز أخذك أرفع أو أدنى أو أقل أو أكثر من صنفه أو من غير صنفه نقداً اه. وقال في المجموعة: ولو عجل عرضاً قبل أجله لم يجز إلا مع المساواة والانفراد، فلو كان أجود أو أردأ أو أضيف إليه شيء من أحد الجانبين ولو نفعا بخطوة أو كلمة لم يجز لأنه منك وضيعة على تعجيل حق ومنه طرح ضمان بزيادة. (ويقتضى الدين من الدين) أي يقتضيه ربه من نفسه من الدين الذي عليه لمدينه. هذا هو المراد وإلا فالعبارة تصدق بالحوالة مع أن المراد المقاصة لا غير بدليل ما بعده. (وفي. عين وعرض وطعام قد يفي) أي يجيء وفي عين الخ. متعلق به، والمعنى أن اقتضاء الدين من الدين على وجه المقاصة يجيء في ثلاثة: في العين وفي العرض وفي الطعام، وفي كل منها ست وثلاثون صورة تنتهي لمائة وثمانية، وحاصلها كما في تكميل التقييد لابن غازي أن الدينين إذا كانا عينين إما أن يكونا من بيع أو من قرض أو أحدهما من بيع والآخر من قرض، وفي كل من الثلاثة إما أن يتفق العينان جنساً وقدراً وصفة أو يختلفا جنساً أو صفة أو قدراً تضرب الأربعة في الثلاثة باثني عشر، وفي كل إما أن يحل الدينان أو أحدهما أو لا يحل واحد منهما بست وثلاثين، ومثلها إذا كان الدينان عرضين فهما إما من بيع أو من قرض أو مختلفين متماثلان قدراً وجنساً وصفة أو متخالفان في أحد الثلاثة حالين أو مؤجلين أو مختلفين، ومثلها إذا كانا طعامين. وقد تكلم الناظم عليها على هذا الترتيب فأشار لما إذا كان الدينان عيناً بقوله:

فما)
أي فالوجه الذي (يكونان به) أي يكون الدينان فيه (عيناً إلى مماثل) في الجنس والصفة والقدر (و)إلى (ذي اختلاف) في أحدهما (فصلا) مبني للمجهول خبر ما، وإلى متعلقة بقوله: (فما اختلاف) أي فالوجه الذي عمه اختلاف يعني في الجنس أي النوع كذهب وفضة (وحلول عمه) أي وكان الدينان فيه حالين (يجوز فيه صرف ما في الذمة) فإن كان الاختلاف في الصفة كعشرة دراهم محمدية عن عشرة يزيدية جاز إن حلا أيضاً وإلاَّ فلا للصرف والبدل المستأخرين، ولو قال المصنف: يجوز فيه أخذ ما في الذمة لشملهما وإن كان الاختلاف في القدر ففيه تفصيل وشمل كلام الناظم ما إذا كان العينان من بيع أو قرض أو منهما (خ): تجوز المقاصة في ديني العين مطلقاً حلا أو أحدهما أو لا. وإن اختلفا صفة مع اتحاد النوع أو اختلافه فكذلك إن حلا، وإلا فلا كأن اختلفا زنة من بيع (وفي تأخر) الدين (الذي يماثل) الدين المأخوذ عنه (ما كان) أي أياً كان التأخير سواء في الدينين أو في أحدهما والآخر حال أو أقرب حلولاً (أشهب) مبتدأ (بمنع قائل) هو الخبر وبمنع متعلق به، ومفهومه أن ابن القاسم يقول بالجواز وهو المشهور، فإن حصل التماثل والحلول اتفق حينئذ أشهب وغيره على الجواز، وإليه أشار بقوله: (وفي) العينين (اللذين في الحلول) متعلق بقوله (اتفقا) وهو صلة الموصول (على جواز الانتصاف) أي المقاصة لأن كل واحد ينتصف من حقه بها (اتفقا) أي اتفق أشهب وابن القاسم على جواز المقاصة في العينين اللذين اتفقا في الحلول، وقد تماثلا جنساً وصفة وقدراً، ثم أشار إلى ما إذا كان الدينان عرضاً فقال: (وذاك) أي الانتصاف بمعنى المقاصة. (في العرضين لا المثلين) أي في العرضين المتخالفين كثوب وفرس أو كساء وقميص (حل) أي جاز (بحيث حلا) أي حيث حل العرضان (أو) تأجلا و(توافق الأجل) فيهما، فإن حل أحدهما فقط أو اختلف الأجل لم تجز المقاصة لما فيه من بيع الدين بالدين.

فإن قلت: هو حاصل أيضاً فيما إذ اتفقا أجلا. قلت: إذا اتفقا أجلاً كان من معنى المبارأة لأنه لما كان لا يملك أحدهما دينه ولا يقدر على طلبه إلا عند أجل الآخر صارا بمنزلة الحالين بخلاف ما إذا حل أحدهما أو تقدم حلول، فإن القصد إلى البيع فيه ظاهر.

فإن قلت: تقدم أن المقاصة في ديني العين جائزة مطلقاً حلا أو أحدهما أو لا؟ قلت: ذلك مع الاتفاق وهذا مع الاختلاف. فإن قلت: تقدم أنها مع الاختلاف لا تجوز إلا مع الحلول ولا تجوز مع التأجيل ولو اتفقا أجلاً. قلت: اللازم في العرضين على التأجيل بيع الدين بالدين واللازم في العينين صرف مستأخر وباب الصرف أضيق.

ثم أشار إلى الطعامين وأنهما إما من قرض أو بيع أو منهما فقال: (وفي توافق الطعامين) جنساً وقدراً وصفة كإردب وإردب من قمح أو شعير متوافقين (اقتفي) أي اتبع ذلك الجواز (حيث يكونان) أي الدينان (معاً من سلف) حلا أو أحدهما أو لا. (وفي اختلاف) في الجنس كقمح وفول أو الصفة كسمراء ومحمولة أو القدر ودخلا على إبقاء الزائد في الذمة (لا يجوز) شيء مما ذكر (إلا إن كان كل منهما قد حلا). ولا يجوز إن تأجلا أو أحدهما لما فيه من بيع الطعام بالطعام إلى أجل (وأن يكونا) أي الطعامان (من مبيع) أي من بيع (ووقع فيه بالإطلاق اختلاف) هو فاعل وقع (امتنع) هو جواب الشرط، وبالإطلاق متعلق به، والتقدير: وإن يكن الطعامان من بيع واختلفا جنساً كقمح وفول أو صفة

كسمراء ومحمولة امتنعت المقاصة بالإطلاق أي حلا أو أحدهما أم لا. فإن اتفق الطعامان في جميع ما ذكروهما من بيع منعت أيضاً على المشهور (خ): ومنعا أي الطعامان من بيع ولو متفقين. الزرقاني: لعلل ثلاث. بيع الطعام قبل قبضه وهذه عامة، وطعام بطعام، ودين بدين نسيئة. وهاتان في غير الحالين. وأجازهما أشهب في المتفقين في ذلك، واقتصر الناظم على حكاية خلافه في المتفق الأجل فقال: (وفي اتفاق أجلي ما) أي الطعامين (اتفقا) جنساً وقدراً وصفة (هو) أي الجواز (لدى) عند (أشهب غير متقى) ويؤخذ منه جوازهما مع الحلول بالأحرى (وشرط ما من سلف وبيع) أي شرط المقاصة في الطعامين إذا كان أحدهما من بيع والآخر من قرض (حلول كل) منهما (واتفاق النوع) أراد به الصفة إذ لا يكفي الاتفاق في النوع مع اختلافيهما في الصفة فإن اختلفا صفة أو نوعاً لم تجز وإن اختلفا في الحلول بأن حل أحدهما دون الآخر أو لم يحل واحد منهما فثلاثة أقوال: المنع لابن القاسم تأجلا أو أحدهما، والجواز لأشهب مطلقاً، والثالث الجواز إن حل أجل السلم والمنع إن لم يحلا معاً أو حل أجل القرض دون أجل السلم، وإلى ذلك أشار الناظم بقوله: (والخلف في

تأخر ما كانا ثالثها) تجوز (مع سلم قد حانا) أي وصل حينه وحل أجله، والفرق على هذا القول هو أن طعام السلف لما كان المدين قادراً على دفعه يجبر له صاحب الحق إن جاء به، وقد حل دينه السلم صار الدينان معاً حالين معنى بخلاف العكس، والله أعلم.

فصل في الحوالة

مشتقة من التحول والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم: «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ما مليء فليتبع» والجمهور على أن الأمر للندب، وقال أهل الظاهر: للوجوب، وعليه فلا يشترط رضا المحال. ابن الحاجب: الحوالة نقل الدين إلى ذمة تبرأ بها الأولى، وقال ابن عرفة: طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى ولا ترد المقاصة إذ ليست طرحاً بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بذمة من هو له اه. (وامنع حوالة بشيء) أي بدين عين أو عرض أو غيرهما (لم يحل) أجله (وبالذي حل بالإطلاق أحل) أمر من أحال أي وأجزأ الحوالة بالدين الذي حل مطلقاً كان المحال عليه حالاً أو لا؟ لأنه إن حل فظاهر، وإن لم يحل فزيادة معروف إذ قبل الحوالة والتأخير. (وبالرضا والعلم من محال عليه في المشهور لا تبال) ومقابل المشهور حكاه ابن شعبان وأنه لا بد من رضا المحال عليه، وعلى المشهور فتشترط السلامة من العداوة. قال مالك: انظر التوضيح. ومفهومه أن المحيل والمحال لا بد من رضاهما، وظاهره أنه لا يشترط حضور المحال عليه ولا إقراره وهو ظاهر. (خ) أيضاً وإنها تجوز على الغائب وفي المسألة خلاف قال ابن سلمون: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذلك لا يشترط علمه وحضوره على المشهور اه. وفي الاستغناء: لا تجوز الحوالة على الغائب وإن دفع ذلك فسخ حتى يحضر، وإن كانت له بينة إذ قد يكون للغائب من ذلك براءة، والقول الأول لعبد الملك وغيره من الموثقين والأندلسيين، والثاني لابن القاسم، وعليه اقتصر الوقار وصاحب الإرشاد وصاحب الكافي وكذلك المتيطي وابن فتوح وقبله ابن

عرفة، وجزم به أبو الحسن في شرح المدونة والمشذالي في حاشيته عليها قائلاً: يفسخ إن وقع. قاله الحطاب ومفاده أن الثاني هو المعتمد، والله أعلم.

ولا يجوز أن يحال إلا فيما يجانس لدين حلا

أي لا تجوز الحوالة إلا على دين مجانس لدين المحال أي مماثل له جنساً وقدراً وصفة فلا يحال بعين على عرض ولا بدينار على دينارين، وتجوز على أحدهما ويبقى الآخر لصاحبه، وتجوز بالأعلى عن الأدنى كمحمدية على يزيدية، وفي تحوله على الأدنى تردد، ولا تجوز بذهب على فضة ولا عكسه إلا أن يقبض المحال به من غير افتراق ولا طول كما قال: (ولا تحل بأحد النقدين في ثانيهما إلا أن القبض اقتفي) فهذه ثلاثة شروط في كلام الناظم: حلول المحال به ورضا المحيل والمحال وتساوي الدينين قدراً وصفة، والرابع أن لا يكونا طعامين من بيع فإن كانا من قرض جازت، وإن اختلفا فقولان. الجواز مطلقاً والجواز بشرط حلول الدينين معاً، وهو قول ابن القاسم، وإلى ذلك أشار الناظم بقوله: (وفي الطعام ما إحالة تفي) أي لا تجيء الحوالة في الطعام ولا تجوز فيه اتفق الطعامان أو لا، استوت رؤوس الأموال أو لا. وأجازها أشهب إذا اتفق الطعامان ورؤوس الأموال على أنها من معنى الإقالة والتولية (إلا إذا كانا) أي الطعامان (معاً من سلف) فتجوز، وإن لم يحل الدين المحال عليه لأن طعام القرض يجوز بيعه قبل قبضه بخلاف طعام البيع. (وفي اجتماع سلف وقرض يشترط الحلول في ذا القبض) أي الذي يقبض حساً وهو الدين المحال عليه كان هو السلم أو القرض، فإن لم يحل لم يجز هذا قول ابن القاسم. وقال مالك وأصحابه إلا ابن القاسم: تجوز وإن لم يحل المحال عليه. ابن عرفة الصقلي: وقولهم أصوب. الزرقاني: وهو المذهب ولذا مشى عليه المصنف إذ قال: وأن لا يكونا طعامين من بيع.

قلت: ووجهه أن علة المنع وهي بيع الطعام قبل قبضه موجودة فيه حل أجل المحال عليه أو لا. وإنما أجازوه تغليباً للقرض من الشرط الخامس: أن تكون الحوالة على أصل دين. الباجي: فإن لم يكن على المحال عليه دين فهي حمالة عند جميع أصحابنا اه. أي: فإن رضيها المحال عليه لزمته وكان له الرجوع وإلاَّ فلا. (خ): وثبوت دين لازم فإن أعلمه بعدمه وشرط البراءة صح، ثم قال: ويتحول حق المحال على المحال عليه وإن أفلس أو جحد إلا أن يعلم المحيل فقط بإفلاسه وحلف على نفيه إن ظن به العلم.d

فصل في بيع الخيار

أي: الشرطي. ابن عرفة: هو بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع اه. قوله: أولاً متعلق بوقف وخرج به الخيار الحكمي أي خيار النقيصة. قال الشافعي: لولا الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أجاز أصلاً لا في ثلاث ولا في غيرها لأنه غرر، (والثنيا) أي وبيع الثنيا عممه ابن رشد: في كل بياعات الشرط المنافية. قال ابن عرفة: وخصه الأكثر بمعنى قولها: من ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له قال فيها: لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً اه. وعليه الناظم

وغيره. (بيع الخيار) يشترطه البائع على المشتري والعكس أو كل على صاحبه (جائز الوقوع) بشرط أن يكون (الأجل يليق بالمبيع كالشهر في الأصل) (خ): كشهر في دار ولا تسكن وكجمعة في رقيق واستخدمه، وكثلاثة في دابة ويدخل الأخيران في قوله: (وبالأيام في غيره كالعبد) ولو قال كالشهر في الأصول والأيام في غيرها لسلم من زيادة الباء المحوج لتقدير ويؤجل (والطعام) إن كان مما لا يفسد ويتشاور فيه الناس لذلك (خ): وفسد بشرط مشاورة بعيدة أو مدة زائدة على ما قدر أو مجهولة كموت فلان أو غيبة من أحدهما على ما لا يعرف لعينه أو لبس ثوب ورد أجرته ويلزم بانقضائه ورد في كالغد وبشرط نقد.

فرع: فإن شرط الخيار وسكتا عن المدة صح البيع وضرب لهما من الأجل ما يليق بذلك المبيع، قاله في المدونة.

وهو

أي الخيار (بالاشتراط عند العقد) للبيع فإن لم يشترط فلا خيار ولو بالمجلس على المعروف من المذهب خلافاً للشافعي وعبد الحميد. (ولا يجوز فيه شرط النقد) ويفسد به العقد على المعروف قاله في التوضيح. ويجوز بغير شرط. (والبيع بالثنيا لفسخ داع) أي ممنوع ويجب فسخه بعد الوقوع، وهذا ما لم يفت بيد المشتري وإلاَّ مضى بالقيمة وفوات الأصول بالهدم والبناء والغرس لا بحوالة سوق خلافاً لأشهب وأصبغ، وهل يفوت بطول الزمن؟ قولان. في المدونة في رهونها وشفعتها فحملا على الخلاف وعلى الوفاق، فحمل الفوات على الطول جداً كالعشرين سنة، وعدمه على الطول لا جداً كالسنتين والثلاث، وهو مذهب الموازية ونص النوادر عن ابن القاسم و لم يذكر ابن أبي زمنين في المنتخب ولا ابن بشير ولا صاحب المجالس غيره. انظر تحفة الإخوان لفوات بيع الثنيا بطول الزمان، فقد بسطنا فيه القول في ذلك. (والخرج) والخراج لغتان اجتمعا في

قوله تعالى: أم تسألهم خرجاً فخراج ربك خير} (المؤمنون:72) بمعنى الغلة للمشتري بالثنيا على المعتمد من أنه بيع فاسد لا سلف بمنفعة (بالضمان للمبتاع) أي بسبب الضمان الذي هو منه إلا ثمرة مأبورة يوم الشراء فإنها ليست بغلة للمعاوضة عليها فهي من جملة المبيع فيجب ردها معه إن كانت قائمة ورد مكيلتها إن علمت أو قيمتها إن جهلت أو جذت رطباً. (ولا كراء فيه) أي لا كراء ولا غلة للبائع على المشتري في بيع الثنيا (هبه) أي الثنيا (لأجل أو لا) لأجل (وذا) أي كونه لا كراء على المشتري فيه ولا غلة (الذي به جرى العمل) وهو قول مالك وابن القاسم وعليه أكثر العلماء. وقال ابن عبد الغفور: إن وقع إلى أجل كان فيه الكراء لأنه كالرهن وإن وقع إلى غير أجل فلا كراء فيه قاله ابن سلمون. قال الحطاب: وهذا كله

إذا كان المشتري يحوز المبيع ويستغله بإكراء أو سكنى، أما ما يقع في عصرنا مما عمت به البلوى وهو أن يشتري الرجل من آخر داراً بألف وهي تساوي أربعة آلاف وأكثر ويكريها له بمائة في كل سنة ويستمر البائع على سكناه أو تصرفه ويؤديه مائة في كل سنة حتى يأتيه بالألف، فهذا لا يجوز بلا خلاف وهو محض الربا ولا عبرة بالعقد الذي عقداه في الظاهر اه. ولا فرق في رد الغلة في هذا بين العالم والجاهل.

تنبيه: ليس في هذا البيت زيادة فائدة على الشطر قبله إلا ما أفاده من الخلاف وجريان العمل.

والشرح للثنيا رجوع ملك من باع إليه

أي إلى البائع (عند إحضار) البائع (الثمن) ورده للمشتري فيرد عليه حينئذ مبيعه، وقد تقدم أن هذا قول الأكثر، ونص المدونة خلافاً لابن رشد.

فإن قلت: كان اللائق تقديم هذا البيت على قوله: والبيع بالثنيا لفسخ داع. إذ الحكم على الشيء فرع تصوره، ففي كلامه تقديم الحكم على التصور. قلت: الذي في كلامه هو تقديم الحكم على التصوير لا على التصور، والممنوع إنما هو الثاني. وفي الحديث: «لها كلاليب مثل شوك السعدان هل رأيتم شوك السعدان»؟ فلو قالوا: لا لأراهم إياها وصورها لهم، ومثله قول (خ): يرفع الحدث، وحكم الخبث بالمطلق وهو ما صدق عليه اسم ماء بلا قيد.

وجاز

أي الثنيا (إن وقع) من المشتري للبائع (بعد) انبرام (العقد) وتمامه (طوعاً بحد) كأن يقول: إن جئتني بالثمن لسنة أو سنتين هذا معنى كلام الناظم لقوله: يجوز بحد (وبغير حد) كمتى جئتني بالثمن فالمبيع لك. قال ابن سلمون: فإن وقع المبيع صحيحاً وطاع بالثنيا بعد ذلك جاز قال: ويجوز هذا الطوع إلى أجل وإلى غير أجل، فإن كان إلى أجل لم يجز للمبتاع فيه تفويت ببيع ولا غيره، فإن فعل فسخ إن جاءه البائع بالثمن في الأجل أو أقر به كاليوم ونحوه وصرف عليه المبيع، وإن تم الأجل و لم يأت بالثمن سقط حكم الثنيا وإن كان إلى غير أجل فمتى جاءه البائع بالثمن لزمه رده إليه وللمبتاع التصرف فيه بالبيع وغيره، ولا كلام للبائع في ذلك إلا أن يحضر الثمن حين إرادته التفويت فيمنع المبتاع من التفويت ويلزمه صرفه على بائعه اه. هذا معنى كلامه ولا يصح حمله على مسألة الخيار بعد البت لقوله: يجوز بحد وبغير حد.

فرع: فإن مات البائع فوارثه بمنزلته، وإن مات المشتري المتطوع بالثنيا قبل الأخذ بها بطلت لأنها هبة لم تجز قاله أبو الفضل راشد، وأبو ابراهيم وغيرهما.

وحيثما شرط على الطوع جعل

لو قال: وحيثما الثنيا لسلم من التدافع الذي بين شرط وطوع (فالأحسن الكتب بعقد مستقل) قال ابن سلمون، عقب ما مر عنه: ويكتب هذا الطوع في نفس العقد يعني بعد تقييد الإشهاد ووصف البيع بأنه انعقد دون شرطه ولا ثنيا ولا خيار قال: وكتبه في عقد آخر أحسن ه. ونحوه للمتيطي قائلاً: للسلامة من المظنة وإذا كتب في رسم مستقل أو في آخر الرسم وادعى أحدهما أن ذلك إنما كان شرطاً مدخولاً عليه، والآخر أنه طوع حقيقي (فالقول قول مدع للطوع) مع

يمينه قاله ابن العطار. وقيل: لا يمين عليه مع البينة التي قامت له بالطوع. وقال سحنون: إن كان متهماً حلف وإلا فلا. (لا مدعي) أي لا قول مدعي (الشرط بنفس البيع) وإنهما دخلا على الثنيا في أصل الصفقة خلافاً لما في طرر ابن عات عن المشاور قائلاً: يحلف ويفسخ البيع لما جرى من عرف الناس به، وبذلك كانت الفتيا عندنا اه. وبحث الشارح في قول ابن العطار الذي اعتمده الناظم بأن القول لمدعي الصحة ما لم يغلب الفساد وهذه المسألة مما يغلب فيها الفساد وكادت أن لا تقع إلا على الوجه الفاسد فلا ينبغي العدول فيها عما قاله المشاور، ومما يدل على الدخول على الفساد كون البيع يقع بأقل من القيمة بكثير قاله (م) وفي المعيار سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع والعرف يقتضي شرطيتها اه. هو كالشرط أو لا؟ فأجاب: إذا اقتضى العرف شرطيتها فهي محمولة على ذلك ولا ينظر لكتبها على الطوع لأن الكتاب يتساهلون فيها وهو خطأ ممن فعله، وعن أبي محمد صالح: إذا كتب الموثق طاع فقد عصى اه.

وينبغي أن يكون هذا هو المعتمد ولو كان في وثيقة من البيع من غير شرط ولا ثنيا ولا خيار لأن العامي لا يفهم ذلك وإنما يعرف عندهم ببيع وإقالة، ولأن الكاتب نفسه قد لا يفهمه، وإنما يكتبه جرياً على المسطرة المألوفة من غير تعرض لفهم بعض فصولها، ولأن المتفقين على الفساد وإظهار الصحة يفعلان ذلك ولا غنى لهم عنه.

فصل في بيع الفضولي

وهو الذي يبيع متاع غيره من غير ولاية ولا توكيل. (وما يماثله) كهبته واستفادة الزوج مال زوجته وقسمة تركة المديان قبل أداء الدين (وحاضر بيع عليه ماله بمجلس) يحضره (فيه السكوت حاله) أي بيع عليه وهو حاضر عالم ساكت بلا عذر كما سيقوله: (يلزم ذا البيع) ذا: فاعل يلزم، والجملة خبر عن قوله وحاضر الخ. ولا فرق بين أن يكون أجنبياً أو شريكاً باع الجميع (وإن أقر من باع له بالملك) أي للمالك وهو متعلق بأقر (أعطي) المقر له (الثمن) إذ لا مانع له منه (وإن يكن وقت المبيع) أي البيع (بائعه) اسم يكن (لنفسه ادعاه) بأن يقول إنما أبيع مالي وملكي (وهو) أي المالك (سامعه. فما له) أي فليس للحاضر المبيع عليه (إن قام أي حين) نصب على الظرفية من الأحيان (في ثمن حق) ثابت (ولا مثمون) لأن سكوته إقرار للبائع ورضا منه بما يدعيه ما لم يكن سكوته لعذر كما سيأتي. ثم أشار إلى مفهوم حاضر فقال: (وغائب) عن مجلس البيع (يبلغه ما عمله) الغير في ماله من البيع يعني وادعاه لنفسه بدليل ما بعده، فإن أنكر في الحين وقام بالفور فله الفسخ والإمضاء، وإن سكت (وقام بعد مدة) ف(لا شيء له) لأن سكوته بعد العلم يعد رضا وتسليماً منه. (وغير من في عقدة البيع حضر) هذا هو الموضوع فهو مستغنى عنه، وإنما ذكره توطئة لقوله: (وبالمبيع بائع له أقر) بأن قال: أبيعك متاع فلان (وقام) فلان (بالفور) قال أحمد بن عبد الملك: إن سكت اليوم واليومين وما قاربهما فله القيام والفسخ ما لم تكثر الأيام فيلزمه اه. ولابن زرب: إن حضر العقد وسكت لزمه وإن لم يحضره وعلم وسكت سنة أو سنتين فله القيام، وقال الشارح: وهو مشكل فيحمل كلام الناظم على الأول.

قلت: الأظهر أن يحمل الفور على ما دون السنة والطول على السنة فما فوقها كما يأتي عن الجريري لاعتبارهم السنة في كثير من الأحكام كسقوط الشفعة والحضانة وتكميل الصداق وتأجيل المقترض وغير ذلك. (فذا) مبتدأ (التخيير) مبتدأ

ثان (في إمضائه البيع أو الفسخ) بالجر عطف على إمضائه وأو بمعنى الواو، والمجرور متعلق بالتخيير وقوله. (اقتفي) خبر عنه أي: فهذا الذي قام بالفور له التخيير في الإمضاء والفسخ.

وإن يقم من بعد أن مضى زمن فالبيع ماض وله أخذ الثمن

وهذا كله (إن كان) المبيع عليه ماله الحاضر أو الغائب (عالماً بفعل البائع وساكتاً لغير عذر مانع) من الكلام كسطوة أو سلطان قاله في المفيد عن المستخرجة. (وحاضر لواهب من ماله) بأن وهب ثوبه أو داره رجل وصاحب الثوب مثلاً حاضر لعقد الهبة ساكت (ولم يغير ما رأى من حاله) أي حال الواهب بأن ينكر عليه (الحكم منعه القيام) في تلك الهبة (بانقضا مجلسه إذ صمته عين الرضا) والتسليم (والعتق) لرقيق الغير والمالك حاضر ساكت بلا عذر (مطلقاً) ناجزاً كان العتق أو لأجل (على السواء مع هبة) في اللزوم (والوطء للإماء) كذلك أي مسقط لحق المالك فيهن، وهذا يتصور حيث يكون الواطىء يدعي ملكية الموطوءة وأن سيدها وهبها له أو باعها منه أو أنه الذي اشتراها دونه فإذا وطئها والآخر حاضر ساكت بلا مانع فذلك حوز مانع له من القيام كما ذكروه في باب الحيازة قال في المفيد، قال مالك: كل مال بيع أو تصدق به وصاحبه حاضر ينظر حتى بيع أو تصدق به، ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك فليس ذلك له لأنه مكر وخديعة إذا كان في بلد غير مقهور. وقال مطرف: كل من أحدث في ماله بيع أو هبة أو صدقة أو مقاسمة أو إصداق وصاحب المال حاضر يعلم ذلك فلا يغير ذلك ولا ينكر فلا حق له فيه بعد ذلك إلا أن يقوم بحدثان ذلك، فإنه يرجع على حقه ويرد ما كان فيه من بيع أو هبة أو غيرهما من جميع الأحداث إلا أن يطول والطول سنة ذكره الجزيري في فقه العبد اه.

والزوجة استفاد زوج ما لها

بأن استغل حائطها أو حرث أرضها أو سكن دارها أو أكراها لغيره، وقبض الكراء أو قبض لها ديناً أو ثمن مبيع باعه لها (وسكتت عن طلب لما لها) ما هذه موصولة واللام حرف جر مفتوحة مع الضمير هي صلة «لما»، ثم أرادت أن تقوم عليه (لها القيام) في جميع ذلك (بعد) أي بعد سكوتها ولو طال (فى المنصوص) في ذلك عن مالك رضي الله عنه قاله الشارح. (والخلف في السكنى على الخصوص) في المدونة: فأوجب فيه الكراء مرة ولم يوجبه أخرى، وبعدم وجوبه أفتى ابن رشد وقضى به سلمان بن أسود، ففي طرر ابن عات أن ابن لبابة حضره وجاء أب يخاصم ختنه عن ابنته ويطلب الزوج أن يرحل الابنة من دارها لتنتفع بكرائها والبنت في ولايته، فقال سليمان للزوج: ألك دار؟ وقال: لا وصدقه الأب فقال القاضي لأبي الجارية: ولا كرامة لك تخرج ابنتك من دارها تمشي بفراشها على عنقها من دار إلى دار فتهتك سترها ليس هذا من حسن النظر لها. فكان ابن لبابة يعجبه ذلك من قضاء سليمان اه. (خ): وإن تزوج ذات بيت وإن بكراً فلا كراء إلا أن تبين وهو نص المدونة قاله أبو الحسن، قال اللخمي: لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة اه. وبه يجاب عما في الوثائق المجموعة من تصويب القول الآخر ونصه: والصواب وجوب الكراء إذ هو حق لها لم يسقط بكتاب ولا سنة ولا إجماع الخ.

قلت: والظاهر من قضاء سليمان المذكور أنه لم يكن على وجه الإلزام، وإنما هو إرشاد إلى البر وحسن المصاهرة والله أعلم.

كذاك ما استغله

الزوج (من غير أن متع) أي من غير أن تجعل له ذلك وهي رشيدة فالحكم فيه (إن مات) هو أي الزوج (كمثل ما سكن) أي (فيه خلاف والذي به العمل في الموت أخذها كراء ما استغل) إذا لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس والمرأة وغيرها في ذلك سواء. (وحاضر) ناظر (لقسم) مال (متروك) عن ميت (له) أي لذلك الحاضر (عليه) أي على الذي ترك المال (دين لم يكن أهمله) أي أسقطه ولا سامح. (لا يمنع القيام بعد أن بقي للقسم) أي بلا قسم (قدر دينه المحقق) تتميم فلا يسقط بسبب هذا دينه (ويقتضي من ذاك حقاً ملكه) ووجب له (بعد اليمين) متعلق بيقتضي أي يقتضي حقه من ذلك الباقي بعد حلفه (أنه ما تركه) بسكوته حال القسم، وبعد أن يحلف يمين القضاء. ومفهوم إن بقي قدر دينه أنه إن بقي أقل أخذ ذلك الأقل فقط وإن لم يبق شيء وكان قسم الجميع بمحضره فلا قيام له. قال في المنتخب: إلا أن يكون له عذر في سكوته كأن يكون لهم سلطان يمتنعون به أو نحوه مما يعذر به فله القيام وإن طال. قال في المجالس: ولو قال سكت لأن الرسم كان غائباً عني وخفت إذا طلبت ديني عجزني القاضي أو قال لم أجد ما أقوم به حتى الآن فلا شيء له اه. وهذا بخلاف ما لو قال: لم أعلم بالحق إلا الآن.

فصل في بيع المضغوط

المراد به هنا المكره على البيع أو على سببه. قال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والإكراه والشدة. (وما أشبهه) يعني المغصوب منه. (ومن يبع في غير حق شرعي بالقهر) متعلق بقوله يبع (مالاً) من ماله أصلاً أو غيره، وكان ذلك البيع (تحت ضغط مرعي) أي معتبر شرعاً بأن يكون بخوف قتل أو ضرب أو سجن أو صفع لذي مروءة بملأ أو أخذ مال أو قتل ولد. قال الشارح: والإهانة الملزمة لمن لا تليق به إكراه فكيف بالضرب والإيلام؟ قال ابن رشد: والسجن بمجرده عند ذوي العلم إكراه فكيف بما وصفت من الإخافة والوثاق بالحديد؟ اه. وخرج بقوله: مرعي ما بيع حياء أو رغبة أو خوفاً على أجنبي أو على مال تافه، ومفهوم في غير حق شرعي أن من أكره على البيع في وجه شرعي كقضاء دين أو بيع أرض لطريق تعينت أو توسيع مسجد وجب أو لبيع طعام أو شراب لمضطر في نظائر. (فالبيع إن وقع) على الوجه المذكور أو التوكيل عليه (مردود) على بائعه إن شاء (ومن باع بحوز المشتري) ويرد عليه (دون ثمن) اعلم أن الإكراه إما على نفس البيع وهذا لا يلزم فيه البيع بالإجماع ويرد بالثمن إلا أن تقوم البينة على تلفه عند البائع بغير سببه، وإما أن يكون على سببه كإعطاء مال ظلماً. وفي هذه لا يلزم عند مالك وابن القاسم ويرد عليه بلا ثمن إلا أن يعلم أن المكره صرفه في مصالحه، أو يكون المشتري غير عالم بالضغط كما قاله ابن رشد في نوازله. وقال سحنون: لا يلزم البيع ويرد

بالثمن إذا كان البائع تولى قبضه و لم يعلم المشتري بضغطه. وقال ابن كنانة: البيع لازم والمشتري مأجور لأنه ينقذه من العذاب، وبهذا القول العمل بفاس وأتباعها، والظاهر أن أهل القرية إذا ألزموا بمغرم فأسلم إليهم في زيتون أو غيره من ذلك فيمضي على قول ابن كنانة المعمول به، وبيع قريب المضغوط ليس كبيعه إلا الأب يبيع متاعه لفك ولده فلا يلزمه. فرع: ولو تسلف المضغوط في فكاك نفسه لزمه ما تسلف، ولو هرب المضغوط فأخذ الحميل بما تحمل حتى باع متاعه فحكمه في ذلك حكم المضغوط لأنه في ذلك مظلوم مأخوذ بغير حق، ولا رجوع للحامل على المضغوط اه. من التبصرة عن المعين. وفي نوازل مازونة: إن كانت الحمالة بإذن المضغوط فغرم الحميل رجع عليه، وإن تحمل عنه بغير إذنه فلا رجوع له عليه. وهذا الذي لا ينبغي العدول عنه لأن إذن الغريم في الحمالة وطلبه لها التزام لما يؤديه الحميل عنه بخلاف لو ضمن بغير إذنه، فهذا متبرع بفكه وبما أصابه من أجله اه. وكل ما أحدثه المبتاع في المبيع من عتق أو غيره لا يلزم المضغوط والمشتري منه عالماً يضمن الغلة والتلف لا غير عالم فله الغلة ولا يضمن إلا ما انتفع به بأكل أو لبس أو نحوهما.

والخلف

(في البيع لشيء مغتصب) على ثلاثة أقوال. جوازه مطلقاً ومنعه مطلقاً و (ثالثها جوازه ممن غصب) أي من الغاصب لا من غيره. قال ابن سلمون: فصل في بيع المنزل المغصوب ثلاثة أقوال، أحدها: أن بيعه جائز مطلقاً من الغاصب لغيره. قال ابن الحاج: وبذلك كان يفتي ابن زرب، ويستدل عليه بما في كتاب الصرف من المدونة إذا غصبه جارية ثم لقيه ما اشتراها منه. قال ابن القاسم: البيع جائز مطلقاً وبما في كتاب الغصب إذا اغتصب منه جارية فباعها الغاصب من رجل ثم لقي صاحبها فاشتراها منه فقال: البيعتان صحيحتان. الثاني: أنه يجوز بيعها من الغاصب وهو قول ابن القاسم. الثالث: أنه لا يجوز بيعها من الغاصب ولا من سواه اه. (خ): ومغصوب إلا من غاصبه وهل إن رد لربه مدة تردد. واقتصر في باب الغصب على الجواز بدون الشرط المذكور إذ قال: وملكه إن اشتراه ولو غاب.

فصل في مسائل من أحكام البيع

لو قال في أحكام مسائل من البيع: (أب) مبتدأ والمسوغ للابتداء به قصد الجنس (على بنيه في وثاق حجر له يبيع) هو الخبر وعلى بنيه يتعلق به، وفي وثاق حال من بنيه (بالإطلاق) كان البيع لموجب من الأسباب التي يبيع لها الوصي أو لا. (وفعله على السداد يحمل) لما جبل عليه من الحنانة والشفقة حيث يثبت خلافه إلا أن يكون هو المشتري لمال ابنه أو يشتري لولده من نفسه أو يبيع لأجنبي لمنفعة نفسه، فههنا يكون محمولاً على غير السداد فيرد. قال في المفيد: فإن لم يعلم أله فعلته أم لك؟ فذلك ماض حتى يعلم أنك إنما فعلته لنفسك فيرد. (وحيث لا) سداد (رد ابنه ما يفعل) قال ابن سلمون: وللأب البيع على ابنه الذي في حجره لحاجة وغيرها إذا أراد النظر له وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه، وللابن القيام في ذلك إذا ثبت سوء النظر والغبن البين عليه في البيع. قال: وللأب أن يبيع مال ابنه الصغير لينفق

منه على نفسه إذا احتاج إلى ذلك اه. وقال ابن رشد: فرق ابن القاسم بين أن يعتق الرجل عبد ابنه الصغير أو يتصدق به أو يتزوج به فقال في العتق: ينفذ إن كان الأب موسراً ويغرم القيمة لابنه ويرد إن كان معدماً وقال: إن الصدقة ترد موسراً كان الأب أو معدماً، وكذلك البيع وقال في التزويج: إن المرأة أحق به دخل بها أو لم يدخل موسراً كان أو معسراً ويتبع الابن أباه بقيمته، وظاهره ولو لم تقبضه المرأة. وروى أصبغ عن ابن القاسم: أن الأب أحق به ما لم تقبضه وبطل في يدها، وفرق مطرف بين أن يدخل بالزوجة أو لا. وقال ابن الماجشون: الابن أحق به على كل حال. قال الشيخ طفي بعد نقله، فالحاصل على مذهب ابن القاسم: لا فرق بين يسر الأب وعسره في رد البيع والهبة وعدم رد ما يتزوج به، وإنما الفرق بين العسر واليسر في العتق. وعلى هذا اقتصر المؤلف بقوله: ومضى عتقه بعوض كأبيه إن أيسر. قال: وأطال الحطاب بجلب كلام الأخوين من النوادر، وترك كلام ابن القاسم الذي هو المعتمد، ومذهب المدونة: وما كان ينبغي له ذلك اه.

ثم أشار إلى بيع الوصي مال محجوره فقال: (وبيع من وصي للمحجور إلا لمقتض من المحظور) أي بيع الوصي على محجوره شيئاً من ماله من الممنوع إلا لموجب لبيعه وهو في غير العقار مطلق الحاجة، وفي العقار إنما يباع لحاجة أو غبطة بأن يزاد في ثمنه على الثلث، أو كونه موظفاً أو حصة، أو قلت غلته فيستبدل خلافه، أو بين ذميين وهو للسكنى لا للغلة، أو جيران سوء، أو لإرادة شريكه بيعاً ولا مال له أو لخشية انتقال العمارة أو الخراب ولا مال له أو له، والبيع أولى، فلا بد أن يكون البيع لواحد من هذه الأمور، ولا بد من إثبات ذلك لا بمجرد ذكر أنه يبيع له بناء على أن الوصي ليس كالأب وإن فعله محمول على غير السداد حتى يثبت السداد. وقيل: إنه كالأب محمول على النظر في الربع وغيره، وذكر البرزلي: إن العمل به من شيخه. ابن عرفة. في زمانه وتبعه قضاة بلدة فهما قولان مشهوران كما في (خ). وفي المسألة ثالث إن كان مأموناً عارفاً حسن النظر حمل على السداد وإلاَّ فلا، فإن وقع البيع من غير إثبات للموجبات وقام عليه المحجور فإثباتها على المشتري على القول الأول وعلى القائم عليه على الثاني.

وجاز بيع حاضن

أو حاضنة (بشرط أن أُهمل محضون) بأن لا يكون له أب ولا وصي ولا مقدم قاض (ولا يعلو الثمن عشرين ديناراً) أي وبشرط أن يكون الثمن يسيراً كعشرين ديناراً عند ابن العطار. وقال ابن زرب: ثلاثون ولابن الهندي: عشرة فأقل (خ): لا حاضن كجد وعمل بإمضاء اليسير وفي قدره تردد (من) الدينار (الشرعي) قال ابن غازي: قال بعضهم: الدينار المراد هنا هو ثمانية دراهم من دراهم دخل أربعين ومعناه أن مائة وأربعين منها تعدل مائة كيلاً وزنة الدرهم الواحد منها ست وثلاثون حبة وهو خمسة أسباع درهم الكيل، ودرهم الكيل منها مثل وخمسا المثل اه. وهذا معنى قوله: (فضية) فالدينار هنا أقل منه في باب الزكاة لأن صرفه ثم عشرة دراهم، وهنا ثمانية فينقص الخمس، ثم وزن الدرهم ثم خمسون وخمسا حبة، وهنا ست وثلاثون بنقص سبعيه، فصار العشرون ديناراً أحد عشر ديناراً شرعياً وثلاثة أسباع الدينار (وذا) أي ما ذكره من جواز بيع الحاضن بالشرطين المذكورين (على) القول (المرضي) من أقوال أربعة. الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً، والجواز في بلد لا سلطان فيه، والجواز في اليسير، وبه العمل ويتفق في البوادي بموت شخص وبحضن الصغير قريبه وهو

كالوصي قال أبو محمد صالح، قاله الزرقاني. (وما اشترى المريض) في مرضه ولو مخوفاً (أو ما باعا) في مرضه (إن هو مات) منه (يأبى) ذلك البيع (الامتناعا) ويجب نفوذه ومضيه بالثمن الذي وقع به إن لم يكن فيه محاباة إذ لا حجر على المريض إلا في التبرعات (فإن يكن حابى به) أي فيه أي أعطى، والمحاباة أن يبيع بأقل من الثمن بكثير بقصد نفع المشتري أو يشتري بأكثر من ذلك كذلك بقصد نفع البائع، ومن ذلك أن يخص ابنه بأفضل دوره مثلاً فيبيعها منه بالقيمة فقد لا يرضى غيره ولو بأضعاف الثمن، فإن كانت المحاباة مع أجنبي (فالأجنبي من ثلثه) أي من ثلث الميت (يأخذ ما به حبي) فإن زاد على الثلث بطل الزائد إلا أن يجيزه الورثة (وما به الوارث) مفعول

مقدم بقوله: (حابى) زاد ما حابى به على الثلث أو نقص (منعا) لأنه عطية لوارث فيمتنع، ومن ذلك أن يخص ابنه بأفضل دوره (وأن يجزه الوارثون) أي بقية الورثة (اتبعا) فعلهم أي إجازتهم.

تنبيه: لا ينعقد تبرع المريض إلا بعد موته (خ): ووقف تبرعه إلا المال مأمون وهو العقار فإن مات فمن الثلث وإلا مضى.

وكل ما القاضي يبيع

من رقيق أو حيوان أو غيرهما (مطلقاً) باعه على مفلس أو صغير أو غيرهما (بيع براءة به تحققا) فليس للمبتاع رد ذلك بعيب قديم ولا بعهدة وهو من المبتاع بعقد الشراء هذا قول مالك المشهور والمعمول به في المدونة وغيرها. قال المتيطي: وعليه فهل يكون براءة في كل شيء أو في الرقيق خاصة؟ في ذلك روايتان. اعتمد الشيخ رحمه الله العموم وهي رواية ابن حبيب عن مالك وقول مطرف وابن الماجشون وأصبغ وغيرهم قاله الشارح. (والخلف فيما باعه الوصي أو وارث ومنعه) أي منه كونه بيع براءة هو (المرضي).

إلا بما البيع به يكون برسم أن تقضى به الديون

الصواب، ترك الاستثناء وإسقاط البيت برمته لأن ما استثناه هو محل الخلاف. قال في الجواهر، قال الإمام يعني المازري: وأما بيع الورثة لقضاء ديون وتنفيذ وصايا فإن فيه الخلاف المشهور. وقال: فاقتصر مرة على ثبوت البراءة في بيع السلطان خاصة وأضاف مرة إلى ذلك ما باعوه لقضاء ديون أو إنفاذ وصية، وأما ما باعوه لأنفسهم للانفصال من شركة بعضهم لبعض فلا حق ببيع الرجل مال نفسه بالبراءة، وكذلك من باع للإنفاق على من في ولايته.

فصل

ومن أصم أبكم العقود

من بيع ونكاح وغيرهما من معاوضات أو تبرعات (جائزة) لإدراكه الأشياء ببصره والفهم عنه بإشارته (ويشهد الشهود) له وعليه (بمقتضى إشارة قد أفهمت مقصوده وبرضاه أعلمت) بحيث لا يشكون في ذلك (فإن يكن مع ذاك أعمى امتنعا) أي العقد معه والشهادة عليه (لفقده الأفهام) لغيره (والفهم) منه (معاً) ومثل العلة المذكورة إذا كان أصم أعمى فلا تجوز معاملته أيضاً. (كذاك) أي كما امتنعت معاملة الأصم الأبكم الأعمى كذاك (للمجنون والصغير يمنع والسكران للجمهور) فأما المجنون والصغير الغير المميز فبيعهما غير جائز ولا منعقد، وأما السكران ففيه ثلاث طرق. الأولى، لابن رشد: أن محل الخلاف فيه إذا كان معه تخليط وضرب من التمييز فإن لم يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا خلاف أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله. الثانية لابن بشير: عكسها إن كان معه تمييز لزمه الطلاق باتفاق وإن كان مغموراً فهو محل الخلاف. الثالثة للخمي: إن الخلاف فيه مطلقاً مميزاً أو لا. قال في التوضيح: وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود ولا يلزمه الإقرارات والعقود. قال في البيان: وهو قول مالك وعامة أصحابه وأظهر الأقوال اه. ونظم ذلك ابن عاشر فقال:

لا يلزم السكران إقرار عقود

بل ما جنى عتق طلاق وحدود

فقول الناظم «للجمهور» راجع للسكران لا غير (وذو العمى) فقط (لا يجوز الابتياع له) أي منه (وبيعه) من غيره (وكل عقد أعمله) وأمضاه (وبعضهم فرق بين من ولد أعمى ومن عماه من بعد وجد) قال في الجواهر: ويصح بيع الأعمى وشراؤه لضرورة التعامل ويعتمد على الصفة، وسواء طرأ عليه العمى أم لا. وقال أبو جعفر الأبهري: لا يصح بيع من ولد أعمى لأنه لا يقف على حقائق المدرك بالصفة وفي معناه كما قال ابن عبد السلام: من عمي في صغره بحيث لا يتخيل الألوان كالمعري.

فصل في اختلاف المتبايعين

بالياء تثنية متبايع من تبايع وهو على ما ذكر الناظم إما في قدر الثمن أو جنسه، أو في الأجل أو انقضائه، أو في قبض الثمن أو السلعة، أو في الصحة، أو في تابع المبيع (وحيثما اختلف بائع ومن منه اشترى إن كان) اختلافهما (في قدر الثمن) كقوله: بعشرة. وقال المشتري: بثمانية (و لم يفت ما بيع ف)الحكم (الفسخ إذا ما) زائدة (حلفا) معاً (أو نكلا) معاً (قد أنفذا) فإن حلف أحدهما قضى له بيمينه مع نكول الآخر (والبدء) في اليمين (بالبائع) على المشهور، وفي المستخرجة يبدأ المشتري لأن البائع قد أقر له بالملك، وثالثها: يقرع بينهما، وعلى المشهور هل تبدئته من باب الأولى أو

الأوجب؟ قولان. (ثم) بعد حلفه (المشتري) مخير (في الأخذ) للمبيع بما حلف عليه البائع (و)في (اليمين) على ما ادعاه (ذو تخير ثم) إذا حلف وقد حلف البائع قبله (لكل واحد) منهما (بعد) أي بعد حلفهما (الرضا) بما قال صاحبه على الراجح، وهو قول ابن القاسم بناء على أن الفسخ إنما يقع إذا حكم به حاكم (وقيل إن تحالفا) أي حلفا معاً أو نكلا (الفسخ مضى وقيل) الواو للتعليل كما في المغني أي إذا قيل (لا يحتاج في الفسخ إلى حكم وسحنون له) أي عنه (قد نقلا) هذا القول وشمل قوله: و لم يفت ما بيع ما إذا كانت السلعة باقية بيد البائع لم تقبض، وما إذا قبضها وهي قائمة لم تفت، والأول محل وفاق والثاني على رواية ابن القاسم، وروى ابن وهب: يتحالفان ما لم يقبض المشتري فيصدق في الثمن، وروى أيضاً: ما لم يبن بها. وروى أشهب: يتحالفان وإن فاتت بيد المشتري ويرد القيمة بدل العين. حكى الروايات الأربع صاحب الجواهر، فقول الشارح: إن الناظم اعتمد رواية ابن القاسم وأشهب فيه نظر، إذ رواية أشهب خلاف ما في النظم. ثم أشار إلى مفهوم قوله: و لم يفت ما بيع فقال:

وإن يفت

المبيع بيد المشتري بحوالة سوق فأعلى (فالقول للذي اشترى) يعني بيمينه إذا أشبه وإلا فالقول للبائع إن أشبه وحلف، فإن لم يشبها فعلى المبتاع القيمة ويصدق في الصفة، وإن قال: عبد أعجمي مقعد إلا أن تقوم بينة بخلافه قال ابن المواز، وأطلق مالك في رواية ابن القاسم عنه أن القول للمبتاع مع يمينه. قال الشارح: وتقييد ابن المواز لها أكيد فلا بد منه، وإنما معتمد الشيخ أن الأكثر عدم الخروج عما يشبه (خ): وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات (وذا الذي به القضاء قد جرى وإن يكن في جنسه الخلف بدا) كادعاء أحدهما بدنانير والآخر بطعام تحالفا و(تفاسخا بعد اليمين) كان المبيع قائماً أو فات وهو معنى قوله (أبدا) ثم ما كان من المبيع قائماً رد بعينه (وما يفوت واقتضى الرجوعا بقيمة) له (فذاك) أي فالمعتبر قيمته (يوم بيعا) والاختلاف في الصنف كالاختلاف في الجنس، قال المتيطي: فإن اختلفا في النقد فقال المبتاع: من سكة كذا. وقال البائع: من سكة كذا. فله المتعارف في البلد في نقد تلك السلعة، فإن اختلف النقد فيها فسخ البيع عند ابن القاسم، وإن فاتت فالقيمة، قال أصبغ: إلا أن يكون لها نقد غالب فيمضى به اه.من الشارح.

وحيثما المبيع باق واختلف في أجل

بأن ادعاه المشتري وأنكره البائع تحالفا و(تفاسخا بعد الحلف) كما سبق في الاختلاف في الجنس وهو قول مالك وابن القاسم (وقيل ذا) أي ما ذكر من التحالف والتفاسخ (إن ادعى المبتاع ما يبعد) من الأجل (والعرف به قد عدما) بحيث لا يشهد له فإن ادعى أجلاً والعرف في تلك السلعة جار به فالقول له بيمينه وهو لابن القاسم أيضاً فحاصله: أنهما قولان فيما إذا لم يفت المبيع قولان فيما إذا لم يفت المبيع أحدهما التحالف مطلقاً، والثاني ما لم يشبه المشتري وظاهره ولو أشبه البائع وحده والنقل في هذا أن القول للبائع فيحمل كلامه على ما إذا لم يشبه المشتري ولا البائع. قال في المدونة: وإن كان ما يدعيه المبتاع أجلاً قريباً لا يتهم فيه فالقول قوله مع يمينه وإلا صدق البائع اه. (وإن يفت) بوجه من

وجوه الفوت كالطحن في القمح وحوالة الأسواق في العروض والتدبير والإيلاد في الرقيق والبيع والوقف في العقار وشبه ذلك. (فالقول عند مالك) من رواية ابن وهب (لبائع نهج اليمين سالك. وقيل للمبتاع) وهو لابن القاسم (والقولان لحافظ المذهب) يعني ابن رشد قال له ابن العربي في شأن كتابه البيان ما حصلت ولا بينت فقال: عند الممات تظهر التركات (منقولان) فهما عنده (و)إن اختلفا (في انقضاء أجل) بعد اتفاقهم على أصله وقدره كشهر مثلاً (بذا) أي يكون القول للمبتاع (قضى حتى يقول إنه لم ينقض) (خ): وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، فإن قال: بعتك إلى شهر، وقال المشتري: إلى شهرين، فإن كانت السلعة قائمة حلفا وفسخ، وإن فاتت فالقول للمشتري قاله في المنتخب وحمل عليه الشارح كلام الناظم.

والقول قول مشتر بعد الحلف

وذلك فيما إذا كان اختلافهما (في القبض) للثمن (فيما) أي في سلعة ومبيع (بيعه نقداً عرف) كالدقيق والزيت واللحم والفواكه والخضر، فإذا قال المشتري: قبضت الثمن، وقال البائع: لم أقبض شيئاً فالقول للمشتري (وهو) أي القول (كذا) أي أنه للمشتري فيما جرى العرف فيه بالنقد وهو للبائع في عكسه وهو ما جرى العرف بتأخير النقد فيه وعدم استصحابه لقبض السلعة، ولو قام البائع يطلبه بعد حين كما قال: (لبائع فيما عدا مستصحب النقد ولو بعد مدا) وذلك (كالدور والرقيق والرباع ما لم يجاوز حد الابتياع) بأن يقوم بعد العشرين سنة فإن مثل هذا لا يتأخر الثمن إليه عرفاً. (والقبض للسلعة فيه اختلفا) بأن يقول المشتري: لم أقبض المبيع، وقال البائع: قبضته (جار كقبض) للثمن (حكمه قد سلفا) فما العرف قبضه عند قبض الثمن فالقول فيه للبائع، وما لا فالقول فيه للمشتري (خ): وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرف، ثم قال: وإشهاد المشتري بالثمن أي بأنه في ذمته مقتض لقبض مثمنه وحلف بائعه أي على ما يدعيه من دفع المثمن حيث أنكر المشتري إن بادر بأن كان قيامه بالقرب كالعشرة أيام، وإذا اختلف المتعاقدان فادعى أحدهما أن البيع وقع بتاً، وادعى الآخر أنه بخيار، أو ادعى أحدهما عدم الشرط في بيع أو نكاح ويدعي الآخر أنه وقع على الشرط. (والقول قول مدع للأصل) كالبت وعدم الشرط ومنه الوكيل على شراء ثم يقول: بهذا أمرتني، والآمر يقول: أمرتك بحنطة ويريد تضمينه فلا يقبل قول الآمر إلا ببينة. (أو صحة) في مساقاة لا مغارسة أو سلم، والآخر يدعي الفساد كتأخير رأس المال إلى حلول أجل السلم، أو قال: إنهما لم يضربا له أجلاً فالقول لمن ادعى الأصل ولمن ادعى الصحة (في كل فعل فعل) أياً كان وظاهره اختلف بهما الثمن أو لا. وقال المازري: (ما لم يكن في ذاك) المتنازع فيه (عرف جار على خلاف ذاك) الأصل أو الصحة (ذو استقرار) كما لو جرى العرف
في سلعة بعينها أنها لا تباع إلا بخيار، أو في بيع شيء أنه لا يقع على تلك الصفة إلا بالشرط، أو في نكاح كذلك لأنه إذا جرى العرف بشيء صار هو الأصل إذ الأصل عند الفقهاء بمعنى الغالب.

وتابع المبيع كالسرج

والإكاف واللجام للدابة (اختلف فيه) أي ادعى المشتري أن العقد وقع عليه وأنكره البائع (يرد بيعه بعد الحلف وذاك) الرد والفسخ للبيع (إن لم يفت المبيع) وهو الدابة (ويبدأ اليمين من يبيع) كما تقدم في اختلاف المتبايعين في القدر لأن هذا منه (وذا الذي قال به ابن القاسم وإن يفت) المبيع بحوالة سوق فأعلى كما في المدونة (فلاجتهاد الحاكم) أي ينظر فإن أشبه المشتري فالقول له بيمينه، وكذا إذا أشبها معاً فإن أشبه البائع وحده حلف وقضى له هكذا لشراح المختصر في الاختلاف في قدر المبيع، وليس في نقل الشارح هنا ذكر اجتهاد، وإنما قال عن المتيطي، تحالفا وتفاسخا ما لم تفت الدابة (وبيع من رشد) بعد الحجر (كالدار) أو غيرها (ادعى بأنه) أي البيع والباء زائدة (في سفه قد وقعا) وقال المشتري: وقع بعد الترشيد ولا بينة ولا تاريخ (للمشتري القول به) أي في هذا الفرع (مع قسم وعكس هذا) وهو القول للبائع (لابن سحنون نمي) وكان وجه هذا أن السفه سابق للبائع والمشتري يسلمه له، فحمل الحال على الاستصحاب، وفيه نظر لأن السفه قد زال باتفاقهما والأصل في العقود الصحة.

فرع: لو باع المحجور عقاره وصرفه فيما لا غنى له عنه بحيث لو رفع للحاكم لكان يفعله مضى. قاله في الاستغناء.

ومن يكن بمال غيره اشترى

شيئاً وادعى أن رب المال أمره بذلك الشراء (والمشترى له) وهو رب المال (للأمر أنكرا) فهو مدعي عليه، وحينئذ فيحلف ما أمره ويأخذ ماله من المشتري في قول أصبغ لا من البائع إلا أن يصدقه أن المال له. وقال ابن الماجشون: له أخذه من البائع أو من المشتري، وهذا معنى قوله: (وحلف الآمر فالمأمور) وهو المشتري وسماه مأمور باعتبار دعواه (منه ارتجاع ماله مأثور) مروي عن أصبغ (وما له) أي للآمر (شيء على من باعا ما لم يكن) من باع (قد صدق المبتاعا) في أن المال له (وقيل بل يكون) رب المال (إذا تخير في أخذه) ماله (من بائع أو) من (مشتر) وسواء قلنا بالتخير أو بتعين الرجوع على المأمور (البيع في القولين لن ينتقضا) بين المتبايعين (والمشتري له المبيع) حال كون (مقتضى) أي مقبوضاً وهو تتميم هذا كله إذا أراد رب المال أخذ ماله، فإن لم يرده وأراد أخذ الشيء المشترى ففي موضوع المصنف الذي هو ادعاء المشتري شراءه للآمر له أخذه، ولا إشكال وإن ادعى المشتري أنه إنما اشترى ذلك لنفسه فإن كان له إذن في التصرف في المال كالمقارض والوكيل فالشيء لرب المال أيضاً، وإن لم يكن له فيه إذن كالمودع والغاصب فهو للمشتري وليس لرب المال إلا مثل ماله.

فصل في حكم البيع على الغائب

قيل: الصواب فصل في الحكم على الغائب ليشمل الطلاق عليه والعتق وقد ذكره ما. وأجيب بأنهما إنما ذكرا تبعاً والباب إنما هو للبيع، واعلم أنه إذا حضر الطالب وحده عند القاضي فلا يخلو المطلوب إما أن يكون تحت إيالته أو خارجاً عنها. الأول على ثلاثة أوجه. لأنه إما في البلد فيوجه إليه أحد وزعته، وإما على يسير الأميال مع أمن الطريق فيأمر بإحضاره، وإما بعيد حساً أو معنى كالخوف، فالحكم أن يكتب لا مثل من هناك أن يفعل ما يجب من إنصاف أو إصلاح أو رفع المطلوب، والثاني وهو من ليس في إيالته على وجهين. إما أن يكون في وطنه ومحل قراره وهي مسألة الخلاف والحكم في المشهور حيث المدعى عليه الخ. وإما أن يكون غائباً في تجارة أو زيارة أو نحوهما وهو مراد الناظم هنا بقوله: (لطالب الحكم على الغياب) جمع غائب كعذال جمع عاذل (ينظر في بعد وفي اقتراب) كثلاثة أيام، والبُعد إما جداً كخراسان من الأندلس أو لا جداً كالعشرة الأيام فتكون الغيبة ثلاثة أقسام. (فمن) حل. (على ثلاثة الأيام ونحوها) يعني مع الأمن (يدعى إلى الأحكام) قال ابن رشد: يكتب له ويعذر إليه في كل حق إما وكل أو أقدم فإن لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع إليه ماله من أصل أو غيره و لم ترج له حجة في شيء اه.9 وهذا معنى قوله: (ويعذر الحاكم في وصوله بنفسه للحكم أو وكيله، فإن تمادى والمغيب حاله) جملة حالية أي فإن تمادى على غيبته و لم يأت (بيع بإطلاق عليه ماله) أصلاً كان أو غيره (بعد ثبوت الموجبات الأول) أي المتقدمة على البيع (كالدين) أي إثباته (والغيبة) للمدين وقربها (والتمول) أي كون ذلك المال للغائب وحيازة الشهود له إن كان أصلاً وليس هنا يمين قضاء لأنها في الحكم على الغائب وما في معناه، وهذا كالحاضر في سماع الدعوى والبينة وتزكيتها، وذكر يمين القضاء في هذا القسم لا معنى له، وقد أجاد في المختصر إذ قال: والقريب كالحاضر والبعيد جداً كإفريقية قضى عليه بيمين القضاء وسمى

الشهود وإلا نقض، والعشرة أو اليومان مع الخوف يقضي عليه في غير استحقاق العقار. (و)إذا قبض الثمن ف(ما من الدين عليه قضيا) الألف للإطلاق (وكالطلاق) الكاف اسم بمعنى مثل مبتدأ (والعتاق) تقوم البينة على الغائب الغيبة المذكورة بهما أو أحدهما ويعذر إليه ويبقى على غيبته (أمضيا وما له لحجة) متعلق بقوله (إرجاء في شأن ما جرى به القضاء) من بيع أو غيره (إلا مع اعتقاله من عذر مثل العدو) فقد تقدم أن اليومين مع الخوف بمنزلة البعد (وارتجاج البحر) بأن يكون الأمر لا يركب فيه، ثم إن لم يعرف بالدين فلا استيناء وإن عرف به فقولان، والمشهور أنه يستأني بالبيع في الموت فقط كما في (خ) (والحكم مثل الحالة المقررة) للقريب الغيبة (فيمن) متعلق بالحكم أي: والحكم في الغائب غيبة متوسطة وهو الذي حل (على مسافة) متوسطة (كالعشرة) إلا أن الأول أعمل فيه الحكم مطلقاً (و)هذا (في سوى استحقاق أصل أعملا) الحكم المذكور ابن رشد: وإن بعدت غيبته على عشرة أيام ونحوها حكم عليه في غير استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض ورجيت حجته فيه اه. (والخلف في التفليس) لهذا الغائب المتوسط الغيبة (مع علم الملا) فإن جهل حاله أو بعدت غيبته جداً فلس اتفاقاً قاله ابن رشد. (وذا له الحجة ترجى) وتقدم عنه (والذي بيع عليه) من أصل أو غيره (ما له من منقذ) أي لا مخلص له من يد مشتريه، وإنما له الرجوع على الغريم بما قبضه حيث أثبت قضاء دينه أو براءته منه وهو معنى رجاء الحجة له، ولذا قال: (ويقتضي بموجب الرجوع من الغريم) والمراد به هنا رب الدين كقوله: قضى كل ذي دين فوفى غريمه (ثمن المبيع وغائب) غيبة بعيدة (من مثل قطر المغرب لمثل مكة ومثل يثرب. ما) نافية أي ليس (الحكم في شيء) من الأشياء الأصول أو غيرها (عليه يمتنع وهو على حجته) إذا قدم (ما تنقطع) له بالغيبة المذكورة (والحكم) بالمبيع لمبتاعه (ماض) عليه (أبداً لا ينقض وما به أفيت لا

ينتقض، لكن مع براءة يقضى له بأخذه من الغريم ماله) ولا يخلو هذا الكلام عن تداخل. قال الشارح عن ابن الحاج: وإذا بيع على الغائب ملكه في دين ثابت عليه، ثم قدم وأثبت البراءة منه كان البيع في الملك ثابتاً ويرجع على الغريم بما قبضه من ثمنه ولا يعدى في الملك شيء اه. زاد الحطاب عن البرزلي ما نصه: وحكى التونسي في كتاب الاستحقاق أن له نقض البيع ودفع الثمن للمشتري، وفي العتق من الواضحة ما يدل على هذا. قال البرزلي: ومثل الأول للخمي في كتاب التخيير قال: ينفذ البيع إذا فات لأنه لم ينفذ إلا على الذمة. وفي الطرر: إذا ادعى الراهن أنه دفع الدين وأنكر المرتهن فإن لم يشترط المرتهن في العقد التصديق وأقام بينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع قاله ابن فتحون. وهو مثل ما حكاه التونسي اه. فظهرت قوة كل من القولين، وكان وجه ما اقتصر عليه الشارح وغيره هو: أنه لو رد البيع مع حكم الحاكم به ما اشترى أحد مبيعه لتوقع فسخه ولا يخفى ما في ذلك. قال الشارح: وهذه هي مسألة الجارية الواقعة لشيخنا قاضي الجماعة ابن سراج، وخالفه فيها الكثير من معاصريه وصورتها: تاجر تسرى جارية بغرناطة وغاب بناحية تونس وادعت الضيعة فكفلها بعض حاشية السلطان ممن له وجاهة وكتب على سيدها النفقة إلى أن تحمل له قريب من ثمنها فرفع أمره للقاضي وأثبت دينه ذلك وغيبة المالك وملكه للجارية، وحلف على المتحمل له فقومت الجارية وصيرت في النفقة لكافلها فأعتقها وتزوجها، ثم قدم مالكها فتظلم من بيعها على الوجه المذكور وتعلق من الدولة بجهة لا تقصر عن تعلق خصمه، فكان هذا الخصام متكافياً في الاستظهار بالوجاهة بين الخصمين اللذين بغى بعضهما على بعض، وعزه في الخطاب وظلمه بسؤال نعجته إلى نعاجه، وثبت الشيخ على حكمه و لم يبال بمخالفة غيره قف على ما ذكره هنا.

فصل في العيوب

يطلع عليها في المبيع بعد اشترائه، ويعني ما ليس برقيق ولا غيره من سائر الحيوان لتقدم الكلام عليه أول البيوع، فالمراد هنا الأصول كالدار والفندق والعروض كالثياب وغيرها، أما الأصول فقسم الناظم كغير واحد من أهل المذهب العيب فيها إلى ثلاثة أقسام: قليل فكالعدم، وكثير يجب به الرد، ومتوسط يرجع فيه بالأرش فقال: (وما من الأصول بيع وظهر للمشتري) بعد الشراء (عيب به كان استتر) أي خفي حين البيع (فإن يكن) ذلك العيب (ليس له تأثير في ثمن) كسقوط شرافات ونحوها (فخطبه يسير) أي فلا يعتبر (وما لمن صار له المبيع) المذكور وهو المشتري (رد ولا) له (بقيمة رجوع) على بائعه (وإن يكن) العيب (ينقص بعض الثمن كالعيب) الناشيء (عن صدع) شق (جدار بين) صفة لصدع يعني وليس ذلك الجدار وجه الدار ولا يخاف عليها منه السقوط، فحينئذ يكون من المتوسط الذي هو مراده وحكمه ما أشار له بقوله: (فالمشتري له الرجوع ههنا بقيمة العيب الذي تعينا) وليس له رد البيع وإنما له أرش العيب، وهذا ما لم يقل البائع: اصرف علي ما بعت لك وخذ جميع ثمنك قاله ابن الحاج في نوازله. قال المواق: وهو الذي أتحمل عهدته لما كثر من الحيل بكون المشتري مغتبطاً بالمبيع، ويتطلب مع ذلك العيب ليحط عنه من الثمن فلا شيء له إلا أن يفوت المبيع فيتعين الرجوع بالأرش قال (م): وبفتوى ابن الحاج هذه جرى العمل عندنا بفاس اه. ونقله عنه في شرح العمليات ثم

قال: وقال شيخنا ابن سودة: ليس بهذا الحكم عندنا بفاس، ولكنا بلحق المتوسط بالكثير فلا يغتفر إلا القليل كالشرافات. قال المحشي: وما قاله ابن سودة صحيح، فإن الباجي حكى عن بعض الأندلسيين أن العيب اليسير في الدور ترد به كغيرها من المبيعات، وذكره ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما، وقال المازري: إنه مقتضى القياس أي إنما للمشتري أن يرد بالعيب أو يتمسك وليس له أن يرجع بقيمة العيب. (وإن يكن) العيب (لنقص ثلثه) أي الثمن (اقتضى فما علا) الثلث

أي زاد عليه (فالرد حتم) أي واجب للمشتري لا عليه (بالقضا) أي الحكم، وما اقتصر عليه الناظم في حد الكثير هو أحد أقوال خمسة. ابن عرفة: وفي حد الكثير بثلث الثمن أو ربعه. ثالثها: ما قيمته عشرة مثاقيل. ورابعها: عشرة من مائة، وخامسها: لا حد لما به الرد إلا ما أضر اه. وأغفل قول الشيخ أبي محمد ما استغرق معظم الثمن.

وكل عيب ينقص الأثمانا في غيرها

أي في غير الأصول من العروض ونحوها (رد) ذلك المبيع (به ما كانا) العيب قليلاً أو كثيراً إذا كان يخفى عند التقليب وقام بالفور كما سيقول قال في المقرب، قال ابن القاسم: وكل ما كان عند الناس ينقص الثمن فهو عيب يرد منه. وقال ابن سلمون: كل عيب ينقص الثمن فالرد به واجب قاله في صدر العيوب في الرقيق وسائر الحيوان، واعتراض الشارح ومن تبعه على الناظم عموم الكلية لصدقها بعيب الأصول مع أنها لا رد فيها إلا بما بلغ قيمته الثلث كما مر فيه نظراً لقوله في غيرها: (وبعضهم بالأصل عرضاً ألحقا في أخذ قيمة) للعيب حيث كان يسيراً (على ما سبقا) في عيب الأصول ففي المفيد: روى زياد عن مالك فيمن باع ثوباً فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع لم يرد به ووضع عنه قدر العيب اه. وهذا مقابل لما صدر به (ثم العيوب) التي من شأنها أن تخفى ويختلف فيها المتبايعان لا ما كان ظاهراً لا يختلف فيه اثنان كالقطع (كلها لا تعتبر إلا بقول من له بها بصر) ثم إن كان العيب مما يطلع عليه الرجال فعدلان من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها، فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم به كالأمراض التي لا يعرف أسرارها إلا الأطباء لم يقبل إلا أهل المعرفة بذلك فإن كانوا عدولاً فهم أتم وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل غيرهم وإن لم يكونوا مسلمين قاله الباجي وابن شاس وغير واحد. وتقدم في بيع الرقيق:

ويثبت العيوب أهل المعرفه

بها ولا يتنظر فيهم لصفه

وتقدم أيضاً:

وواحد يجزىء في باب الخبر

واثنان أولى عند كل ذي نظر

قال في المتيطية: الواحد منهم أو من المسلمين كاف واثنان أولى إذ طريق ذلك الخبر لا الشهادة على المشهور المعمول به، وقال محمد: لا يرد بعيب إلا ما اجتمع عليه عدلان من أهل البصر والمعرفة اه. وصدر به الباجي وهو خلاف المشهور المعمول به.

والمشتري الشيء

حيواناً أو عرضاً أو غيرهما (وبعد يطلع، فيه على عيب) قديم (قيامه) به (منع) إذا تصرف أو سكت مدة تدل على الرضا ولذا قال: (إلا مع الفور ومهما استعملا بعد اطلاعه المعيب) أي عليه (بطلا) الرد بالعيب لأن من موانعه ما يدل على الرضا (كاللبس) للثوب بعد الاطلاع على عيبه (والركوب) للدابة في الحضر اختياراً لا كمسافر أو تعذر قودها لحاضر أو ركبها في الحضر ليردها، ابن شاس وروى ابن القاسم: إن المسافر إذا اطلع على عيب بالدابة فركبها إلا إن قدم بها على صاحبها فإن ذلك لا يسقط حقه في الرد قال: وليس عليه أن يقودها ويكري غيرها. وروى أشهب أن ذلك رضا منه، (والبناء والهدم) إذا لا يفعلهما الإنسان إلا في ملكه (والجماع للإماء) ابن شاس: الاستعمال المأمور بتركه هو الاستعمال المنقص كاستعمال الثوب بلبسه فأما ما لا ينقصه الاستعمال كالدار وشبهها فلا يلزمه إخلاؤها بل يبقى على استعمالها وهو يخاصم لأن ذلك غلة وخراج والخراج بالضمان والضمان منه، وأما الحيوان فإن كان جارية فيترك وطأها لأن الوطء إنما يباح فيما يستقر ملكه وليس له وطؤها وهو يريد نقض البيع فيها، وإن كان الحيوان غير الجارية من عبد أو دابة، فالمشهور أنه يترك استعمالها. وذهب ابن حبيب إلى أنه لا يمنع من استخدام العبد وركوب الدابة قياساً على العقار اه.

فرع

: فإن غاب بائع المعيب أشهد المشتري أنه لم يرض أو رفع للحاكم فكتب للقريب وحكم على البعيد بعد إثبات الموجبات والتلوم إن رجى قدومه، وفيها أيضاً نفيه وفي حمله على الخلاف تأويلان. وللبائع إن قدم تحليف المشتري على عدم الرضا وإن لم يقل أخبرني به مخبر صدق.

ابن عرفة: وكلام ابن الحاجب يقتضي أن الشهادة شرط في الرد أو في سقوط اليمين إن قدم ربه، ولا أعرف هذا لغير ابن شاس بل له الرد إذا قدم ولو لم يشهد ولا رفع للقاضي لثقل الخصومة، ولأنه يرجو إذا قدم البائع أن لا يكلفه ذلك انظر الحطاب.

و

عيب (كامن) عند العقد (يبدو مع التغيير) ويستوي المتبايعان في الجهل به قبل (كالسوس) في الخشب وعفن الجوز ومر قثاء (لا يرد في المأثور) من المذهب ويعني به ما في المقرب عن ابن القاسم: أن من اشترى خشبة فقطعها فوجد عيباً في داخلها فلا قيام له على البائع، وفي المدونة: ولا شيء على البائع من رد ولا قيمة عيب قال فيها. وكذلك قال مالك في الجوز الهندي والجوز يوجد داخله فاسداً والقثاء توجد مراً، وسمع أشهب في الشاة يجدها عجفاء أو جوفها أخضر لا رد له، واضطرب الشيوخ فيمن اشترى أضحية فوجدها عجفاء لا تجزىء.

فرع: قال الأجهوري: من اشترى شعيراً للزراعة أو في إبانها بثمن ما يراد لها فلم ينبت، فإن كان البائع مدلساً رجع عليه المشتري بجميع الثمن وبأجرة الأرض وما صرفه في زرعه، وإن كان غير مدلس فإن كان المبيع لا ينتفع به في غيرها كزريعة الحناء والبرسيم ونحوهما رجع المشتري بثمنه ولا يدفع عوضاً للمبيع، وإن كان ينتفع به في غيرها كأكله أو علفه فهل يرجع بثمن الجميع أيضاً ولكن يرجع البائع بمثل متاعه. وهو قول ابن القاسم، أو يرجع المبتاع بما بين قيمته نابتاً وغير نابت من الثمن، وهو قول سحنون؟ قولان. وقال ابن عبد الرفيع لمن اشترى زريعة و لم تنبت: أثبت أنك زرعت الزريعة التي اشتريت من هذا بعينها وأنك زرعتها في الأبان وفي أرض ثرية وأنها لم تنبت ولك الرجوع. واستحسنه الغبريني

فرع: ومن هذا المعنى زريعة دود الحرير يوجد نسجها فاسداً، فإذا ذكر بائعها أنها جيدة فهذا لا شك أنه من الغرر الذي انضم إليه عقد قال: و لم أقف في ذلك على نص قلت: على ما قرره الأجهوري يرجع عليه بثمن الزريعة وبجميع ما أنفقه عليها حيث لم يحصل منها شيء.

والبق

والنمل (عيب من عيوب الدور) وظاهره ولو قل وليس كذلك (ويوجب الرد على المشهور) أراد به قول ابن عات في طرره: وكثرة البق عيب فيها أي الدار قال: وأخبرني بعض فقهاء الشورى أنها نزلت بقرطبة وحكم بردها اه. ولذا أصلح البيت فقيل:

وكثرة البق تعيب الدورا

وتوجب الرد لأهل الشورى

وأفتى ابن لب برد دار ظهر فيها نمل أسود صغير يفسد الخبز والآدام ويأكل الأطفال، وأخبر الجيران أن ذلك فيها قديم يظهر من فصل الربيع إلى الخريف. (وأجرة السمسار تسترد حيث يكون للمبيع رد) وكانت على وجه الجعالة كما في المدونة وغيرها. قال ابن لبابة: و لم يدلس البائع وإن دلس فالجعل للأجير ولا يؤخذ منه اه

قلت: وكذا لو أوجر على سمسرة الدار عشرة أيام مثلاً وبيعت في آخرها ثم ردت بعيب فلا ترد الأجرة كما لا ترد في الإقامة لأنها بيع آخر إلا في الشفعة والمرابحة

وحيثما عين قاض شهدا ل

إثبات (العيب) وشهدوا بثبوته (فالإعذار فيهم) على ما (عهدا) وجرى به العمل. قال الشارح: وليسوا في ذلك كمن وجههم للحيازة لأنهم نياب عنه وهؤلاء يخبرون عما أداه إليه اجتهادهم، ففي المتيطية أنه إذا كتب الشهود شهادتهم وشهدوا بها عند الحاكم كتب الحاكم بعدها شهدوا عندي بنصه على عين المملوك المنعوت، فإذا ثبت هذا العقد عنده أعذر فيه للبائع من طريق العلم لا من طريق العدالة لما قدمناه، فإن أتى البائع بمن هو أعلم بالعيوب من هؤلاء الشهود

سمع منه والإ فلا حجة له اه. وقوله: لما قدمناه يعني من أنه يقبل في العيوب غير العدول فيبقي الإعذار فيهم من جهة المعرفة قاله (م).

قلت: ليس في نص المتيطي الذي استدل به الشارح أن الشهود معينون من قبل القاضي، وفي ابن سلمون: أن المعينين للشهادة من قبله لا إعذار فيهم بحال ونصه: بيان إذا كان الشاهدان في ذلك نصبهما القاضي لذلك فشهدوا عنده بنص العقد المذكور، وأراد البائع أن يعذر إليه في شهادتهما ويدعو غيرهما إلى الشهادة عند القاضي فليس له ذلك اه. فيشبه أن تكون «ما» في كلام الناظم نافية منفصلة من حيث وحيث ظرفية فقط لا شرطية ويستدل له حينئذ بكلام المتيطي.

فصل في الغبن

بفتح الغين المعجمة وسكون الموحدة، وهو عبارة عن شراء السلعة بأكثر من قيمتها مما يتغابن الناس به، أو بيعها بأقل كذلك فهو إما على المشتري أو على البائع، وفي القيام به طرق. الأولى: ما في التوضيح عن ابن عبد السلام قال مشهور المذهب عدم القيام بالغبن، وظاهره الإطلاق ولو استأمنه، وبه قرر الطخيخي قول المختصر: ولا بغبن ولو خالف العادة، والثانية للمازري: لا رد إلا إن استسلم أي أخبره بجهله وأنه غير عارف بالقيمة. والثالثة لابن رشد: إن استأمنه فله القيام بالإجماع كما لو قال: اشتر مني كما تشتري من الناس وإن وقع على المكايسة فلا قيام اتفاقاً اه. وارتضاه بعض الشيوخ وقال الحطاب بعد نقول ما نصه: فتحصل أن القيام بالغبن في بيع الاستئمان والاسترسال هو المذهب وأنه لا قيام في غيره اتفاقاً أو على المشهور اه. وصوبه مصطفى ورد كلام (تت). واقتصر الناظم على ما به العمل فقال: (ومن يغبن في مبيع) عقار أو حيوان أو غيرها (قاما) وأراد الرد به (فشرطه أن لا يجوز العاما) وفي المقصد المحمود والسنة في ذلك كثير (وأن يكون جاهلاً بما صنع) ذكره ابن لب في فتواه، ويوافقه ما مر (والغبن بالثلث فما زاد وقع) وقيل لا يقام به إلا إذا زاد على الثلث، وقيل يقام به مطلقاً، ومحل هذا كله في الرشيد يبيع متاع نفسه، فإما السفيه يبيع عنه وصيه فله القيام ولو بعد السنة إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ولو بدون الثلث، وكذا الموكل لقول أبي عمر: اتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله أنه مردود اه.

وعند ذا

أي وعند اجتماع الشروط المذكورة (يفسخ) البيع (بالأحكام) جمع حكم ورجع المبيع لملك ربه ما لم يفت من يد مشتريه ببيع أو نحوه فيمضي بتمام القيمة. وما ذكره الناظم من الفسخ هو المشهور، وقيل تكمل القيمة، وقيل يرجع المالك شريكاً بالباقي على المشهور. قال الحطاب: يرجع المردود بالغبن لمالكه بملك مستأنف لا على الملك الأول، فإذا كان حصة فلا شفعة لمن رجعت له حصته فيما باع شريكه بعد الغبن وقبل نقضه، ولا لشريكه شفعة أيضاً فيما رجع

لمالكه، وإن قلنا بملك مستأنف إذ ليس ببيع محض والمأخوذ منه الحصة مغلوب على إخراجها من يده. (وليس للعارف من قيام). هذا مفهوم قوله: وإن يكون جاهلاً.

فصل في الشفعة

بضم فسكون من الشفع ضد الوتر لأن الآخذ تصير حصته شفعاً بعد أن كانت وتراً، ابن عرفة: هي استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، والمراد بالاستحقاق هنا الصفة الثابتة للشريك أي كونه بحيث يجب له ذلك لا ما ذكره هو من قوله رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله. (وفي الأصول) الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر (شفعة) مبتدأ: وفي الأصول متعلق به و (مما شرع) خبر وما بعده متعلق به، والمعنى الشفعة في الأصول مما شرع (في ذي الشياع) منها لأنها إنما تجب للشريك بجزء شائع لا بأذرع معينة أو غير معينة، ولا يصح أن يكون في الأصول متعلق بشرع وفي ذي الشياع بدل لما فيه من تقديم معمول الصلة على الموصول، والفصل بين التابع والمتبوع بالأجنبي. (وبحد تمتنع) أشار به للحديث: الشفعة فيما لم ينقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. وفيه إشعار بأن محل الشفعة فيما يقبل القسمة كالأرض وبعض الدور وهو المشهور، ويأتي مقابله وتدخل فيما لا يقبلها اتفاقاً إذا كان تبعاً كالبئر التي لم تقسم أرضها، وباع أحد الشريكين نصيبه من الأرض والبئر أو من البئر وحدها، وإلى ذلك أشار بقوله: (ومثل بئر وكفحل النخل) باع الشريك نصيبه من البئر والأرض أو من النخل الفحل وغيره (تدخل) الشفعة (فيها) أي في المذكورات وإن لم تقبل القسمة (تبعاً للأصل) أو ضمير فيها للشفعة وضمير تدخل راجع لمثل. (والماء) الجاري (تابع لها) أي للأصول (فيه احكم) بالشفعة (ووحده) أي واحكم بالشفعة في التابع وحده ماء كان أو بئراً أو فحلاً أو ساحة (إن أرضه) أي التابع كالماء (لم تقسم) فإن قسمت أرضه قبل بيعه هو فلا شفعة فيه. ابن سلمون: وأما الماء فقال ابن رشد: لا اختلاف أعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة فيه إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم تقسم الأرض، واختلف في إيجاب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض فقال في المدونة: لا شفعة فيه، وقال في رواية يحيى: إن فيه الشفعة اه (خ): وكبئر لم تقسم أرضها وإلا فلا وأولت بالمتحدة أي محل النفي للبئر الواحدة أو التي لا فناء لها وإلاّ فالشفعة (والفرن والحمام والرحى) أي بيت الرحى لا الحجر الذي يجره الماء أو الدواب إذا بيع وحده (القضا) أي العمل في هذه الثلاث (بالأخذ بالشفعة فيها قد مضى) لأنه قول مالك وأشهب وإن كان خلاف المشهور لأمر السلطان بالأخذ به لما قيل له حكم على بغير قول مالك وكان ذلك في حمام، وكان الناظم رأى أنه لا فرق. وكذا أطلق في العمل في كل ما لا ينقسم (خ) فقال: إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به. قال الشارح: ولعل الشيخ اعتمد في قوله القضاء بالشفعة في الحمام بتوقيع الناصر أمير المؤمنين رحمه الله. قال في المجموعة: ونزلت مسألة بقرطبة وهي أن الفقيه أحمد بن سعيد باع من ابن السليم حصة في حمام وقضى له منذر بعد أن أجمع الفقهاء بأن لا شفعة عليه على قول ابن القاسم، فرفع الشفيع أمره للأمير عبد الرحمن الناصر وقال: نزلت بي مسألة وأخذ فيها بغير قول مالك فوقع بخط يده إلى القاضي لتحمله على قول مالك، فجمع الفقهاء فقالوا: مالك يرى في الحمام الشفعة فقضى له منذر بها. وفي ابن سلمون قال ابن المواز: لم يختلف قول مالك وأصحابه في وجوب الشفعة

في الحمام (وفي الثمار) تباع مع الأصول مؤبرة يوم البيع مزهية أو لا، (شفعة أن تنقسم) أي إن قبلت القسم (وذا) أي اشتراط القسم فيها (أن المشهور في ذاك التزم) أما على ما به العمل والقضاء فلا يشترط قبول قسم، واستشكل قوله إن تنقسم بأن الثمار كلها قابلة للقسم وهو جائز في غير الثمر والعنب إن دخلا على الجذ وفيهما إن قل وحل بيعه واتحد من بسر ورطب الخ. فالأظهر أنه بفتح الهمزة تعليل للشفعة فيهما. وقوله: وذا أي والتعليل المذكور إن التزمنا بالمشهور وإلاَّ فلا حاجة إليه (ومثله) أي مثل ما ذكر وهو بيع الشريك نصيبه من الأصل والثمرة (مشترك من الثمر) بحبس أو هبة أو مساقاة من غير شركة في الأصول وانتهاء الأخذ (لليبس) أي لم تيبس الثمرة قاله

في المدونة. وفيها أيضاً أخذها ما لم تجذ وهل خلاف؟ تأويلان ابن عرفة: ظاهر الروايات أن المراد بيبسها ارتفاع منفعتها ببقائها في أصلها وقوله: (إن بدو الصلاح قد ظهر) هو تصوير لبيع المشترك من الثمر أما القسم الأول فتباع فيه الثمرة بدا صلاحها أو لا. قال في المدونة: وإن كان بين قوم ثمر في شجر قد أزهى فباع أحدهم حصته منه قبل قسمه والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة أو حبس، فاستحسن مالك لشركائه فيه الشفعة ما لم تيبس قبل قيام الشفيع أو تبع وهي يابسة قال: وما علمت أحداً قاله قبلي. ورواه عبد الملك و لم يأخذ به اه.

تنبيه: الذي جرى به العمل أن الشفعة في الثمار الخريفية دون الصيفية من غير نظر لكونه يبيعها أو يأكلها.

ولم تبح

الشفعة (للجار عند الأكثر) ومقابله شاذ. وقال ابن الماجشون: هو من الخطأ الذي ينقض الحكم به (وفي طريق) لدور باع أحد أرباب الدور نصيبه في الممر والدار (منعت) لأن الممر تبع للدار ولا شفعة للجار كما مر، أو باع نصيبه من الممر فقط وانصرف لمحله من ممر آخر وهذا إذا باعه من أحد الشركاء، فإن باعه من غيرهم فلهم أن يردوا بيعه ولهم أن يجيزوا ويأخذوا بالشفعة نقله الحطاب عن اللخمي في العرصة. (و) منعت أيضاً في (أندر) بفتح الهمزة والدال المهملة موضع تيبيس التمر والزرع (و) منعت أيضاً في (الحيوان كله) عاقلاً كالعبيد أو لا كالدواب إلا أن يكون في حائط متخذ لخدمته وباع أحد الشريكين نصيبه من الحائط بما فيه فالشفعة في الجميع. (و) منعت في (البير) بعد قسم أرضها واتحدت البئر فإن تعددت أو كان لها فناء فتأويلان. (و) منعت في (جملة العروض) كالثياب والسلع إلا أن يبيع الشريك صفقته حيث تكون له فللآخر الضم (في المشهور) ومقابله حكاه الأسفرايني عن مالك، وأنكره عبد الوهاب وغيره (و) منعت أيضاً (في الزروع والبقول والخضر وفي) كل (مغيب في الأرض ك) اللفت و (الجزر و) منعت في (نخلة حيث تكون واحدة) فيها صورتان. قال الشارح في سماع أبي زيد عن ابن القاسم: من باع نخلة له في جنان رجل فلا شفعة لرب الجنان فيها. وفيه أيضاً والنخلة بين رجلين يبيع أحدهما حصته منها لا شفعة لصاحبه اه. قلت: ونحوه في ابن سلمون عن ابن القاسم، والذي في المفيد ما نصه: قال مالك في الشجرة إذا كانت بين الرجلين أن الشفعة فيها إذا باع أحدهما حصته منها لأنها من الأصول اه. وتقدم أن المعمول به وهو قول مالك ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم (وشبهها) أي شبه النخلة كالزيتونة الواحدة (وفي البيوع الفاسدة) لوجوب فسخ البيع فيها (ما لم تصحح) تلك البيوع بفوات المبيع بيد المشتري وتجب عليه القيمة (فبقيمة تجب) الشفعة حينئذ إلا أن يكون الفوات ببيع صح، فالشفعة حينئذ

بالثمن فيه (كذاك) الشقص (ذو التعويض) أي الذي عوض عليه بعرض أو حيوان ولو سمياه هبة أو بعقار وهي المناقلة (ذا) أي الشفعة بالقيمة (فيه يجب). والمراد قيمة ما دفع في الشقص لا قيمة الشقص إلا في كخلع وصلح عمد.

(والخلف) في وجوب الشفعة وعدم وجوبها (في صنف المقاثيء) بالهمزة على الأصل جمع مقثاة كالبطيخ والفقوس وشبههما (اشتهر والأخذ بالشفعة فيه معتبر) لأنه الراجح والمشهور (خ) وكثمرة ومقاثي وباذنجان. (والترك للقيام بالشفعة والسكوت عنها (فوق العام) من يوم العلم بالبيع لا من يوم وقت البيع من مالك لأمر نفسه عالم بالبيع (يسقط حقه) فيها فلا شفعة له (مع المقام) أي مع كونه حاضراً ببلد البيع. فإن كان غائباً فهو ما أشار له بقوله: (وغائب باق عليها) أي على شفعته ما لم يمض العام بعد حضوره وعلمه إلا أن يعلم قبل غيبته فكالحاضر. (وكذا ذو العذر) قال الشارح: كالرجل الضعيف ما (لم يجد إليها منفذا) والمرأة الضعيفة والغائبة على البريد والبريدين والشيخ الكبير والمريض، ثم ما نقل عذر هؤلاء إلا مع الغيبة المذكورة. نعم في التوضيح عن مطرف وابن الماجشون: أن المريض والصغير والبكر كالغائب ومن العذر ولا إشكال خوف الشفيع من المشتري لسطوته، وظاهر قوله: فوق العام أن مضي العام لا يسقطها وهو مذهب المدونة. وروى أشهب أن السنة لا شفعة بعدها وهو مذهب الرسالة. المتيطي: وبه العمل. المكناسي: وبه الحكم.

فرع: فإن أشهد بالأخذ و لم يعلم المشتري بذلك إلا بعد الأمد المسقط فلا شفعة له. هذا ما به القضاء قاله بردلة.

والأب والوصي مهما غفلا عن حدها

الذي هو السنة فلم يأخذا بالشفعة لمحجورهما حتى انقضت (فحكمها قد بطلا) كسكوتهما عن شفعة أنفسهما فلا أخذ لهما ولا له هو إن رشد، وظاهره كان الأخذ نظراً أو لا. وبه العمل قال ابو عبد الله الفشتالي: فإن غفل الأب أو الوصي عن الأخذ بالشفعة حتى انقضى العام سقطت الشفعة. رواه ابن القاسم عن مالك وعليه العمل عند أصحاب الوثائق اه.

فرع: فإن أسقطاها فقال ابن عرفة ابن فتوح إسقاط الأب والوصي شفعة ابنه ويتيمه محمول على النظر ولا قيام لصبي إذا بلغ إلا أن يثبت أن إسقاطها سوء نظر اه. وفي (خ) أو أسقط أب أو وصي بلا نظر.

وأن ينازع

بفتح الزاي مبني للمجهول (مشتر في الانقضا)ء للسنة بأن يقول: اشتريت منذ سنتين، ويقول الشفيع: منذ شهرين (فللشفيع مع يمينه القضاء) لأن الشفعة قد وجبت له والمشتري يدعي ما يسقطها ومثلها دعوى المشتري عليه العلم منذ سنة وأنكر، فالقول للشفيع بيمينه (وليس الإسقاط بلازم لمن أسقط قبل البيع) كأن يقول: من يريد الشفعة اشتر ولا شفعة لي عليك أو أسقطت عنك فلما اشترى قام بطلبها. قال مالك: له ذلك (لا) إن أسقطها بعد البيع وقبل (علم الثمن) فيلزمه الإسقاط. قال المواق: انظر قد نصوا أن له أن يسلم الشفعة قبل أن يعلم بالثمن وليس له أن يأخذ بما لا يعلم فإن أخذ ثم كره فله الرد اتفاقاً، وكذا له التمسك على المشهور. وقال محمد: ليس له ذلك، وكما أن الإسقاط غير

لازم لمن أسقط قبل البيع (كذاك ليس لازماً من أخبرا) أن الشراء (بثمن أعلى) كمائة (وبالنقص الشرا) أي وتبين أنه اشتراه بالنقص كخمسين فله شفعته (خ): أو أسقط لكذب في الثمن أو في المشتري أو انفراده (وشفعة) مبتدأ خبره (في الشقص يعطى عن عوض) ما لي كبيعه بعرض أو عين أو دفعه رأس مال سلم والشفعة في الأخيرين بمثل الثمن أي العين أو بالسلم فيه، وفي الأول بقيمته أو غير مالي كدفع الشقص صداقاً أو خلعاً أو صلح عمداً وخطأ عن إنكار أو قطاعة أو كتابة بناء على أنهما عتق أو عمرى، والشفعة في هذه السبع بقيمة الشقص كما لو استحق فيها أو رد بعيب وفي ذلك قيل:

صلحان بضعان وعتقان معا

عمرى لأرش عوض بها ارجعا

في الرد بالعيب والاستحقاق

وشفعة فاعلم بلا شقاق

وقد أجمل المصنف رحمه الله فيما تكون به الشفعة على أنه كان في غنى عن هذا كله بقوله: كذاك ذو التفويض ذا فيه يجب ولا حاجة لذكر الغير. (والمنع) من الشفعة (في التبرعات) من صدقة وهبة لغير ثواب ونحلة وهي ما يعطي الوالد لولده عند الزواج (مفترض). وكذا لا شفعة في الشقص يدفعه الولي لمحجوره تمخياً أي لما عسى أن يكون علق بذمته. ابن القاسم: لجهل الثمن. سحنون: لأنه تبرع واستظهره ابن رشد. (والخلف في أكرية الرباع والدور) من عطف خاص على عام وفيه صورتان. الأولى دار مثلاً مشتركة بين اثنين أكرى أحدهما نصيبه. والثانية رجلان اكتريا داراً ثم أكرى أحدهما نصيبه لأجنبي (والحكم بالامتناع) منها. قاله في المفيد وهو المشهور، ومذهب المدونة. وقيل بالشفعة وشهر أيضاً وبه العمل الآن بشرط أن يشفع ليسكن ويشفع لنفسه لا ليكرى، فلو قال الناظم:

والخلف في أكريه الرباع

والحكم بالأخذ للانتفاع

تنبيه: لا شفعة في الجلسة وإن كانت كراء لأنه كراء على التأبيد فلا يمكن فيه الشرط المذكور.

وليس للشفيع من تأخير في الأخذ أو في الترك

إذا أوقفه المشتري وقال: إما أن تأخذ أو تدع فإنه يقضى عليه بذلك ويجبره السلطان على أحدهما كما في العتبية. قال المتيطي: وهو المشهور والمعمول به. وإليه أشار بقوله: (في المشهور) بخلاف تأخيره للنظر في المبيع (خ): واستعجل أن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة (ولا يصح بيع شفعة ولا هبتها) من أجنبي أو من المشتري بعد الأخذ بالشفعة أو قبله وبعد البيع هذا ظاهره، فالصور أربع، إما بيعها، أو هبتها من الأجنبي قبل الأخذ فممنوع. قال ابن رشد: بلا خلاف، وأما بعده ومنه أن يقول: خذ شفعتك من فلان بمائة وأنا أعطيك مائة وخمسين فقال مالك: لا يجوز.

وللمشتري القيام وأما بيعها من المشتري قبل الأخذ فقال ابن رشد: فيه قولان. فعلى الجواز لا يكون للشركاء في الشفعة إلا ما ينوبهم منها مع المشتري، وعلى المنع وهو معنى ما في المدونة. وأظهر القولين للشفيع أن يرد ما أخذ ويكون أحق

بشفعته يأخذ بها أو يسلمها لمن بعده، فهذه ثلاث صور إطلاق المصنف المنع فيها صحيح بخلاف الرابعة، وهي بيعها أو هبتها من المشتري بعد الأخذ فلا مانع منه. قلت: هو ظاهر إذا لم يكن هناك شفيع غيره، وإلاَّ فلهم الكلام كما في التي قبلها (وإرثها) أي الشفعة (لن يحظلا) فإذا مات فلوارثه ما كان له منها ولو مات بعد بيع شقصه الذي يشفع به على القول بأن له ذلك (وحيثما في ثمن الشقص اختلف) فقال المشتري: بمائة. وقال الشفيع بخمسين، (فالقول قول مشتر مع الحلف) أي: مع يمينه إن أشبه أشبه الآخر أو لا وهو معنى قوله: (إن كان ما ادعاه ليس يبعد) فإن بعد وأشبه ما قاله الشفيع فقط فالقول له بيمينه، فإن لم يشبها حلفا وأخذ الشفيع بقيمة الشقص إن شاء. قال الزرقاني: وإنما يحلف المشتري مع شبهه إذا حقق الشفيع عليه الدعوى كأن يقول: حضرت مجلس شريكي وعلمت أن الثمن أقل مما تدعيه أنت أو كان ممن يتهم بما ادعى عليه وإلا فقوله بغير يمين.

وقيل

القول قول المشتري (مطلقاً) أشبه أو لا، وهو قول مطرف، (ولا يعتمد. وابن حبيب قال بل يقوم) الشقص قيمة عدل ويأخذه الشفيع بها إن شاء وهو قوله: (وباختيار للشفيع يحكم) والأول المشهور فلو تممه واقتصر عليه لكان أولى (خ): وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري ككبير يرغب في مجاورته.

ومن له الشفعة مهما يدعي بيعاً لشقص حيز بالتبرع

أي أشهد صاحبه بأنه تبرع به (فما ادعاه) الشفيع من البيع (فعليه البينة) لأنه يدعي ما يوجب له حقاً قبل صاحبه والأصل عدمه فلو قال: اشفع، فقال الشفيع: أخاف أن يكون قد باعه في السر وأشهد له بالصدقة ليقطع شفعتي فأريد أن أحلف المتصدق عليه، فقال مالك: إن كان لا يتهم بمثل هذا فلا يمين عليه وإلاَّ حلف. وأفتى أبو إبراهيم باليمين مطلقاً وقال: إنه الذي جرى به العمل وعليه عول الناظم فقال: (وخصمه يمينه معينة) متهماً كان أو لا إلا أن تحف بالنازلة قرائن العوض ويبعد التبرع كل البعد كفقير بخيل يدعي تبرعاً بأصل نفيس على غني لغير رحم ولا صداقة تقتضي ذلك. وفي مثل هذا أفتى ابن المكوي بوجوب الشفعة وقال: هذه من حيل الفجار و لم يذكر هذا الفرع (خ) (والشقص لاثنين فأعلى) كثلاثة أو أكثر (مشترى) حال ولاثنين متعلق به، والمعنى والشقص في حال كونه مشترى لاثنين أو أكثر في صفقة واحدة (يمنع) الشفيع (أن يأخذ منه ما يرى) من نصيب أحد المشتريين دون الآخر أو بعض نصيبه إلا بتراض منهما وشمل قوله: مشتري لاثنين ما إذا كان البائع اثنين أيضاً، وأما إذا كان واحداً وهو مذهب المدونة (خ) وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح، فالمدار على اتحاد الصفقة كما قال الناظم: (إن كان ما اشترى صفقة وما) اشترى (في صفقات) من بائع واحد أو متعدد (ما يشاء) الشفيع أن يأخذه ويلزمه من حصة مشتر أو أكثر (التزما) ولا كلام للغير معه، ثم إذا اشترى ثلاث

حصص مثلاً في ثلاث صفقات فإن أخذ الشفيع بالحصة المبيعة أولاً لم يشارك فيها وإن أخذ بالثانية شورك فيها بقدر الأولى أو بالثالثة شورك فيها بقدر الأوليين كان المشتري واحداً أو متعدداً وقد تفهم هذه من قوله: (والشركاء للشفيع) في الشفعة ورتبتها (وجبا أن يشفعوا معه بقدر الانصبا)ء على عدد الرؤوس،، فإذا كانت دار بين أربعة لواحد الثمن وللآخر الثمن وللآخر الربع وللآخر النصف باعه فلصاحب الربع ربع الدار ولكل واحد من صاحبي الثمن ثمنها لا أن لكل واحد من الثلاثة السدس كما هو المقابل القائل إنها على عدد الرؤوس، وإذا كان المشتري أحد الشركاء الشفعاء ترك له حصته، فلو كان المشتري للنصف هو مالك الربع ترك له. (وما لعيب حط بالإطلاق) أي ما حط من الثمن عن المشتري بسبب عيب ظهر في الأصل المبيع مطلقاً كان عيباً يوجب قيمة لقلته وهو ما لا رد له معه أو كان عيباً يوجب الرد فصالحه على بعض الثمن أو حدث عند المشتري عيب آخر منع الرد فرجع بأرش القديم (عن الشفيع) متعلق بقوله (حط) وهو خبر ما أي ما حط عن المشتري بعيب يجب أن يحط عن الشفيع (باتفاق).

تنبيه: وكذا يحط عن الشفيع ما حط لهبة إن أشبه الباقي أن يكون ثمناً قاله في المدونة وفيها في موضع آخر: إن حط عن المبتاع ما يشبه أن يحط في البيوع فحمله ابن يونس على التفسير وغيره على الخلاف.

ولا يحيل مشتر لبائع

يعني بدين ولقد أجاد (خ) إذ ذكرها في سياق المؤجل فقال: ولا تجوز إحالة البائع به (على الشفيع) يعني أن من باع الشقص بدين إلى سنة مثلاً وقام الشفيع فأخذه بالثمن إلى السنة فليس للمشتري أن يحيل البائع بالثمن على الشفيع (لاقتضاء مانع) وهو الدين بالدين، ولذا كان من شرط الحوالة حلول المحال به، فلو كان الشفيع معدماً لزمه ضامن أو التعجيل كما سيقوله، وإلا سقطت شفعته فلو قال للمشتري: أنا أضمن لك الثمن عن الشفيع لم يجز عند الأجل كما قال الناظم: (وليس للبائع) الشقص بدين (أن يضمن عن مستشفع لمشتر منه) أي من البائع (الثمن) مفعول يضمن قال ابن رشد: لما له في ذلك من المنفعة إذ لعل الشقص لا يساوي الثمن، فإذا لم يشفع الشفيع لم يجد البائع عن المشتري وفاء بثمنه عند حلول الأجل والحمالة معروف كالقرض لا يؤخذ عنها عوض اه. فالمسألة مفروضة في الدين أيضاً كما في ابن سلمون وهذا ظاهر مع تحقق ما ذكر والدخول عليه لامع التهمة به كما هو مقتضى قوله: إذ لعل، وفي (خ) ومنع للتهمة ما كثر قصده كبيع وسلف بم نفعة لأقل كضمان بجعل (ويلزم الشفيع حال ما) أي صفقة الثمن الذي (اشترى) به فحذف الجار ووصل الضمير بالفعل (من جنس) للثمن فإذا اشترى بذهب لزم الشفيع مثله، وهكذا في سائر المثليات. نعم يشفع في المقوم كثوب معين أو عبد بقيمة يوم الصفقة كما في المدونة ويشفع بقيمة الشقص المأخوذ مهراً أو خلعاً أو صلح عمد أو مقاطع به عن عبد أو مكاتب به أو عمرى (أو حلول) للثمن فيؤديه الشفيع كذلك (أو تأخر) له أو تأجيل فإذا اشترى الشقص بمائة لسنة أخذه الشفيع بها لمثل السنة فلو لم يقم إلا عندها فهل يستأنف له الأجل أو لا؟ قولان. قال الزرقاني: والمعتمد الثاني كما لو أخذ الشقص عن دين في ذمة البائع قبل حلول أجله و لم يأخذ الشفيع حتى حل على المعتمد فيه أيضاً والله أعلم. وإن كان المشتري أعطى رهناً أو حميلاً لزم الشفيع مثل ذلك

وإلاَّ فلا شفعة له ولو كان ملياً إلا أن يعجل، ثم إنه إنما يأخذ الشفيع بالدين للأجل إذا كان ملياً أو تساويا عدماً على المختار، فإن كان معدماً وقت الشفعة فلا شفعة له إلا أن يعجل الحق أو يأتي بضامن كما أشار له الناظم بقوله: (وحيثما الشفيع ليس بالملي قيل له سق ضامناً) للمال (أو عجل) ويأخذ المشتري كما في المقرب.

فرع: فلو أخذ الشقص عن دين في ذمة دافعه فهل يأخذه الشفيع بمثل الدين وهو مذهب المدونة أو بقيمته؟ ثالثها: إن كان عيناً فبمثله وإلاَّ فبقيمته قلت: ينبغي أن يفيد بما إذا لم تكن قرينة على قصد الضرر بمنع الشفعة كأن يقول المشتري: إذا أخذته منك بمائة مثلاً أخذه مني بالشفعة فخذ سلعة تساوي مائة بمائتين إلى أجل ثم صير لي الشقص.

وما ينوب المشتري فيما اشترى

من أجرة دلال أو عقد شراء (يدفعه له الشفيع محضرا) من غير تأخير وهو منصوب على الحال وليس بضروري الذكر، وهذا إذا كان معتاداً فإن كانت أجرة الدلال على البائع أو أعطى الشهود أكثر من حقهم لم يلزم الشفيع وشمل قوله: وما ينوب المشتري الخ. ما إذا أعطى مكساً فيلزم الشفيع وهو كذلك على أحد القولين.

فصل في القسمة

ابن عرفة: هي تصيير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض اه. ومعيناً مفعول ثان لتصيير. وقوله: ولو باختصاص الخ، مبالغة فيه أي ولو كان التعيين باختصاص التصرف بأن يتصرف هذا في دار وهذا في دار، وأشار به لقسمة المنافع، قال ابن عرفة: فيدخل قسم ما على مدين ولو غائباً ويخرج تعيين معتق أحد عبدين أحدهما وتعيين مشتر أحد ثوبين أحدهما وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر بموت الزائد عليه قبل تعيينه بالقسمة اه. وخرج الثلاثة بقوله بقرعة أو تراض وقال ابن سلمون: القسمة جائزة في الأصول وغيرها وهي ثلاثة أنواع: قسمة قرعة بعد تعديل وتقويم، وقسمة مراضاة كذلك، وقسمة مراضاة واتفاق لا مع تعديل ولا تقويم. فالقسم الأول هو الذي يحكم به وهو بيع عبد مالك، وقيل تمييز حق. ابن رشد: وهو الأظهر واستظهر في الثاني أنها بيع، وأما الثالث فبيع بلا خلاف فلها حكمه في العيوب والاستحقاق. (ثلاث) خبر مقدم عن قوله: (القسمة في الأصول وغيرها) من العروض والحيوان فإن قلت: فما حكمها هل هي جائزة في الأقسام الثلاثة؟ قلت: (تجوز مع تفصيل). فالجملة استئناف بياني ثم بين هذا التفصيل فقال: (فقسمة القرعة بالتقويم) لكل حظ (تسوغ في تماثل المقسوم) يعني أو تقاربه على ما يأتي ففي الأصول تقسم الأقرحة أي الفدادين والأرض على حدة، والجنات على حدة، والدور على حدة ويشترط في الدور والأقرحة أن تتساوى قيمة ورغبة وأن لا يبعد ما بينهما مسافة، وأما الجنات فإن كانت ثمرة كل واحدة منها صنفاً مخالفاً للأخرى أفرد كل صنف وقسم على حدة إن قبل القسم وإلا جمع بعضه إلى بعض وقسم كحائط واحد فيه أشجار مختلطة مختلفة. وفي العروض البثر كله صنف واحد ويضاف إليه الصوف والأفرية، وقيل هي أصناف وثياب القطن

والكتان صنف والحرير والخز صنف ويقسم المخيط من ذلك مع غيره قاله ابن سلمون. وفي (خ) وجمع بز ولو كصوف وحرير أي لأن المقصود الستر واتقاء الحر
والبرد، ويريد بعد تقويم كل على حدة والخيل والبغال والحمير كل واحد منها صنف.

ومن أبى القسم بها

أي بالقرعة مع استجماع شروطها (فيجبر) إلى من دعي إليها ويحكم عليه بها (خ) وأجبر لها كل إن انتفع كل (وجمع حظين بها مستنكر) أي ممنوع وظاهره سواء كانا فرضين كدار بين زوجة وابنين وثلاث بنات طلب قسمها على أربع ويجمع حظ الزوجة مع إحدى البنات وأبت الزوجة أو البنت أو كانا حظي عصبة، وفي هذه يجمع لهم جبراً عليهم، قال في المدونة: ولا يجمع حظ رجلين في القسم إلا أن ترك زوجة وولداً عدداً أو عصبة كذلك عدداً فيسهم للزوجة على أحد الطرفين وكان الباقي للولد أو العصبة اه. وفي العتبية سمع ابن القاسم: لا يجمع حظ اثنين في القسم. ابن رشد. هو في المدونة ومعناه: إن لم يكونوا أهل سهم واحد اه. وهذا كله إن لم يكن برضاهما وإلا جاز، والحاصل أنه لا يجبر على القسم آبيه إلا إذا أمكن على أقلهم نصيباً وهو الثمن مثلاً أو نصيب العصبة ثم يقسم أهل الثمن أو العصبة إن شاؤوا، فإن أبت واحدة من الزوجات لكون ثمنهن لا يقبل القسم عليهن فلا كلام لها. ثم أشار لمفهوم قوله تسوغ في مماثل المقسوم، وأنه إذا احتاجت أجناس المقسوم و لم تكن صنفاً واحداً ثم تجمع للقسم فقال:

كذاك في اختلاف الأجناس

أي كما يمنع جمع حظين يمتنع جمع الأجناس المختلفة وكذلك جمع الأصناف المختلفة فلا تجمع العروض مع الرقيق أو الحيوان أو العقار، ولا تجمع الخيل مع البغال ولا الحمير ولا الدور مع الفدادين كما مر، (وفي مكيل) كالقمح (أو موزون) كاللحم (المنع) مبتدأ (اقتفي) خبره وفي مكيل أو موزون متعلق به للربا ومحل المنع إذا تركوا الكيل واقتسموا على التحري وأما القرعة بعد الكيل أو الوزن فجائزة، وعن مالك فيما لا يكال من الطعام كاللحم والخبز والبيض أنه يجوز قسمه بالتحري لأن التحري يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحري (ولا يزيد بعضهم) أي لا تجوز القرعة على أن يزيد من خرج له الأقل قيمة مزيد الآخر (شيئاً) أي دراهم مثلاً ليساويه كدار بمائة وأخرى بستين على أن من خرجت له ذات المائة رد على صاحبه عشرين، فإن كان يرد خمسة لكون قيمتها تسعين جاز قاله اللخمي. وجزم به (خ) فقال: أو فيه تراجع إلا أن يقل. (ولا يزاد في حظ) شيء من غير جبس المقسوم كدراهم أو ثوب من التركة مع إحدى الدارين مثلاً (لكي يعدلا) أي الحظان ويصيرا في القيمة سواء (وبين أهل الحجر) من صبي أو سفيه أو غيرهما (ليس يمتنع قسم بها) من وصي أو مقدم قاض ويحكم بها عليهم (ومدعي الغبن سمع) فيرجع مدعيه إذا قام بالقرب وحده. ابن سهل: بالسنة وثبت الغبن لأن كل واحد منهما دخل على قيمة مقدرة وكيل معلوم، فإذا وجد نقصاً فله أن يرجع وتنقض القسمة إلا أن يحصل فوت بيناه أو هدم فيرجع في القيمة (وهذه القسمة) يعني قسمة القرعة (حيث تستحق)

شرطاً بأن يطلبها بعض الشركاء وانتفع كل وكانت في الجنس الواحد من غير المكيل والموزون (يظهر فيها أنها تمييز حق) كما مر عن ابن رشد بخلاف قسمة المراضاة وهي المذكورة في قوله: (وقسمة الوفاق) أي التي توافق الشركاء عليها (والتسليم) أي وسلم كل لصاحبه ما أخذ مقابله من غير قرعة (لكن مع التعديل) بين أجزاء المقسوم (والتقويم) المحصل لذلك (جمع لحظين بها لا يتقى) لأنه برضاهما (وتشمل المقسوم كلا) أي كله من عقار وعرض وحيوان (مطلقاً) اتحد الجنس أو لا. كأن يأخذ هذا ثوباً وهذا فرساً وهذا طعاماً وهذا عرضاً ما لم يؤد إلى الربا كما قال: (في غير ما) هو (من الطعام الممتنع فيه تفاضل) كوسق من شعير قوم بستة ونصف وسق من قمح قوم بستة الكل بين رجلين فتوافقا على أن يخرج أحدهما بالقمح والآخر بالشعير. (ففيه تمتنع) القسمة ولا تجوز لأنهما جنس واحد والمعتبر فيه الكيل، وكذا وسق من قمح وآخر من شعير على أن يزيد آخذه ما بينهما من فضل القيمة عيناً أو عرضاً فلا يجوز (وأعملت) أي وجازت قسمة الوفاق المذكورة على الناس كلهم (حتى على المحجور) منهم من صبي وسفيه وغيرهما (حيث بدا) ظهر (السداد) أي وثبت بالبينة (في) القول (المشهور) ومقابله بعدم الجواز رواية العتبية. (وما) نافية (مزيد العين) فيها (بالمحظور) بالممنوع (ولا سواه) أي ولا مزيد سوى العين بالممنوع (هبه) أي ذلك المزيد (بالتأخير) فإنه جائز كدار بمائة وأخرى بمائتين فيتراضيان على أن يأخذها أحدهما ويزيد الآخر خمسين نقداً أو إلى أجل (ومن أبى القسم بها لا يجبر).

فرع: من ابن سلمون: وإذا اجتمع الشركاء على القسم وقعد أحدهما وقسم الباقون وعرف قسمته وموضعه فمكث و لم يغير بقرب ذلك لزمه القسم ومضى عليه اه.

وقائم بالغبن فيها يعذر

ويسمع قوله لدخولهما على قيمة مقدرة وقدر معلوم إذا قام بالقرب، فإن طال كالسنة فلا قيام له وكل ذلك على ما مر من قول ابن رشد الأظهر أنها بيع (وقسمة الرضا والاتفاق من غير تعديل) ولا تقويم (على الإطلاق. كقسمة التعديل والتراضي) قسمة الرضا مبتدأ وكقسمة خبره وعلى الإطلاق حال من الضمير في الخبر، ومعناه أنها مثلها في جميع ما تقدم إلا ما استثناه بقوله: (فيما عدا الغبن من الأغراض) فلا قيام به فيها على المشهور لأنها بيع باتفاق كامر، إلا إن كان الذي عقدها وكيلاً فللموكل القيام بالغبن إذا ظهر كما لابن زرب وغيره، لأن النائب عن غيره لا يمضي من فعله إلا ما هو سداد (ومدع غبناً بها) أي قسمة المراضاة (أو غلطا مكلف) بكسر اللام اسم فاعل (أن رام نقضاً) للمذكور من غبن أو غلط (شططا) أي جوراً وظلماً والطالب لذلك لا يجاب ولا تسمع دعواه لأنها كبيع المساومة فلا قيام فيها بالغبن إلا أن يكون الذي عقدها وكيلاً أو نحوه (وقسمة الوصي) للأب أو وصي الوصي (مطلقاً) أي كان المقسوم عقاراً أو غيره ملكه المحجور بإرث أو غيره (على محجوره) من صبي أو سفيه أو مجنون شيئاً لذلك المحجور (مع غيره لن تخطلا) أي لمن تمنع خبر عن قوله: وقسمة، والمراد قسمة المراضاة من غير تقويم، وأما غيرها فقد مر جوازها على المحجور في كلام الناظم فلا يصح تفسير الإطلاق به فإن لم يكن وصي قسم عنه الحاكم كما يأتي، وهذا كله إذا كان شريك الحجور غير الوصي (فإن يكن) الوصي نفسه (مشاركاً لمن حجر) أي لمحجوره (في) ذي (قسمة) أي قابل لها فهو على حذف مضاف (فمنعه) أي الوصي (منها) أي من القسمة مع محجوره (اشتهر) لأنه من بيع الوصي مال المحجور لنفسه وعدم

جوازه هو الذي في وصايا المدونة وعليه اقتصر (خ) ولابن العربي في أحكامه والقرطبي في تفسيره أن مشهور مذهب مالك الجواز إن لم يحاب وعليه فتجوز القسمة قاله الحطاب. وشمل كلام الناظم ما إذا كان الوصي
شريك المحجور فقط، وما إذا كان شريكه وغيره وأراد أخذ نصيبه مفرداً وهذا إذا أراد أخذه مع محجوره ولما كان الحكم في هذه الجواز استمتاعه بقوله:

إلا إذا أخرجه مشاعا مع حظه قصداً فلا امتناعا

فإن أراد الوصي القسم في الصورتين الأوليين فلا بد من القاضي كما أشار له الناظم بقوله: (ويقسم القاضي على المحجور مع وصيه عند اقتفاء) أي اتباع (من منع) قسمه على ما تقدم من الخلاف أما على القول بجواز قسمه معه كبيعه لنفسه فلا إشكال (كذا) أي كما يجوز القسم للقاضي على المحجور مع وصيه كذلك (له القسم على الصغار) الذين لا أب لهم ولا وصي (و) على (غائب منقطع الاخبار) فإن علم خبره فإن كان بعيد الغيبة فكذلك وإن كان قريبها انتظر حضوره كما في الزرقاني: (وحيث كان القسم للقضاة) لكون المقسوم مال غائب أو محجور (فبعد إثبات لموجبات) بأن يثبت عند القاضي الموت والوراثة وملك الموروث للمقسوم إلى أن ورثه ورثته وإهمال اليتامى وغيبة الغائب وبعدها أو انقطاع خبره وطلب المشارك لهم لحقه في القسمة وما أشبه ذلك. (ويترك القسم على الأصاغر لحال رشد أو لوجه ظاهر) اللام للغاية والقسم بعد الرشد ظاهر لأنه حينئذ ليس بمحجور، وأما الوجه الظاهر فكأن لا ينصفه الشريك من حقه أو من الإصلاح أو نحو ذلك. (ومن دعا لبيع ما لا ينقسم) لتحذر قسمه كالحيوان والرقيق أو فساده كالياقوتة والخف (لم يسمع) مدعاه و لم يجب ويباع نصيبه فقط (إلا حيث إضرار حتم مثل اشتراك حائط أو دار) وكان إذا باع حصته مفردة نقصت عما ينوبها من بيع الشيء جملة، والمراد بمثل الحائط والدار ما يتخذ للانتفاع به (لا) ما كان متخذاً للغلة (كالرحى والفرن) والحمام بكون مشتركاً يريد البيع أحد الشركاء فلا يجاب له (في) أي على القول (المختار) وعلى هذه التفرقة عول (خ) فقال: وأجبر على البيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضاً أي فإن
كان الشركاء اشتروه جملة أو ورثوه وراثة واحدة أما من اشترى نصيبه فقط أو ورثه فليس له إلا بيع نصيبه وأصل هذه التفرقة لابن رشد في أجوبته ونقلها عنه عياض وابن عبد السلام بعد أن قرر أن المذهب الإطلاق. قال اليزناسني: العمل الآن على الإطلاق كما قرر ابن عبد السلام وابن عرفة اه. يشير لقول ابن عرفة المعروف عادة أن شراء الجملة أكثر ثمناً في رباع الغلة وغيرها إلا أن يكون ذلك ببلاد الأندلس وإن كان فهو نادر.
تنبيه: هذه مسألة بيع الصفقة ولها شروط تقدم ثلاث منها وهي نقص الثمن إذا بيعت الحصة مفردة وأن يتحد المدخل بأن لا يكون مريد البيع اشترى حصة مفردة أو ورثها كذلك، وأن لا يكون الربع للغلة وتقدم ما فيه ويزاد أن لا يلتزم الشريك للبائع النقص الحاصل في بيع حصته مفردة وإلاَّ فليس له إلا بيع نصيبه ولا يتوقف البيع مع الشروط على رضا الشريك، بل يمضي عليه إلا أن يريد أخذ الجميع فله ذلك، ولو أراد أن يبيعه أو ما شاء منه عقب ذلك لأنه ضم لا شفعة

والفرق أن هنا مجبور، فإن كان المصفق عليه غائباً رفع المشتري للحاكم فأمضى عليه البيع أو أخذ له وحيث أمضاه مضى ولو كان له مال وإلا أخذ نظراً.

وكل ما قسمته تعذر

أي تتعذر كالحيوان (تمنع ك) القسمة (التي بها تضرر) كياقوتة أو كخفين (ويحكم القاضي) أي وكيفية العمل في بيع ما يجاب إلى بيعه أن يحكم الحاكم (بتسويق) للمبيع كله (ومن يريد أخذه يزيد في الثمن) بخلاف ما إذا أمضى مريد البيع فيه فإن للآخر أخذه بالثمن (وإن أبوا) التسويق لكساد سوقه مثلاً (قومه أهل البصر) وقال الشارح: المراد بالتسويق المقاواة (وآخذ له) بما وقف عليه (يقضى) بفتح القاف أي يؤدي الثمن (من يذر) أي من يترك حظه من المبيع ويريد بيعه (وإن أبوا) المقاواة والتقويم (بيع عليهم بالقضا واقتسموا الثمن كرهاً أو رضا) والحاصل أنهم يجبرون على التقاوى أو البيع وصاحبه أولى به بأقصى ما يبلغه إذا أراده كما قاله أبو عمرو الباجي المتيطي: وإن كان مما لا ينقسم بيع عليهم إلا أن يريد من كره البيع أن يأخذ ذلك بما يعطى فيه فهو أحق به قاله الباجي. قال سحنون: فإن اختلفوا في أخذه بعد بلوغه في النداء ثمناً تزايدا قال غيره في المجموعة فإن قال بعضهم نتزايد، وقال بعضهم يقومه أهل المعرفة فالقول لمن دعا للمزايدة، فإن طلب أحدهم المزايدة والآخر البيع نودي على السلعة، فإذا وقفت كان لصاحب المزايدة أخذها بذلك إلا أن يزيد عليه الآخر فليتزايدوا حتى تقف على أحدهم فتلزمه اه. ومثله لابن يونس انظر ابن غازي (والرد للقسمة) مبتدأ (حيث يستحق) أي يؤخذ بالاستحقاق (من حصة) بيد أحد المتقاسمين شيء (غير يسير) وهو الثلث أو النصف وكان شائعاً أو بعضاً من متعدد (مستحق) أي واجب للمستحق على شريكه فإن شاء نقضها وإن شاء رجع بقيمة ما استحق ثمناً، وأما لو استحق الأكثر فيتعين نقضها (خ): وان استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر فلو استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لواحد من الشريكين لأنه قد استحق من كل مثل ما استحق من الآخر، وله أن ينقض القسمة لما عليه من الضرر في تفريق حقه فإن استحق نصيب أحدهما بكماله

رجع فيما بيد صاحبه شريكاً كان المالك لم يخلف غيره وشمل قوله غير يسير ما زاد على النصف كالثلثين ونحوهما وهو أحد أقوال ثلاثة لابن القاسم، والمعتمد منها التفصيل كما مر في عبارة (خ) قال في اللباب: وإذا وقع الاستحقاق في شائع يعني في جميع المقسوم لم ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع الملي عن المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كان الميت لم يترك غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة أقوال لابن القاسم قال مرة: ينقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً وإن كان يسيراً رجع بقيمته. وقال مرة: يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده وبقدر نصف ذلك المستحق قليلاً كان أو كثيراً وقال مرة: ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً اه. فمشى الناظم على الأول وقد اختلفت أجوبة المدونة في هذه المسألة قال عياض: وبحسب ذلك اختلف فيها المتأولون وحار فيها الناقلون. وكثير فيها كلام الموثقين وتعارضت فيها مذاهب المحققين. قال ابن يونس: وبلغني عن بعض شيوخ القرويين أنه قال الذي يتحصل عندي في العيب والاستحقاق يطرأ بعد القسم أن ينظر فإن كان ذلك الربع فأقل رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان النصف أو الثلث يكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم، وإن

كان فوق النصف انتقض القسم وابتدأه. ابن يونس: وهذا تفصيل حسن ليس في الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف حصة أحدهما قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل و لم يكن في الكتاب تناقض اه.

والغبن

في قسمة القرعة والمراضاة مع التعديل (من يقوم فيه بعد أن طال) سنة على ما في المقصد المحمود أو فوقها وأما السنة فقرب وهو إما لابن سهل عن أبي إبراهيم، وعليه اقتصر الأجهوري والزرقاني وغيرهما. (واستقل) الحظ المقسوم (قد تعدى) فلا يسمع له قيام ولا تقبل منه دعوى (والمدعي لقسمة البتات) في أرض بين اثنين أخذ كل واحد منهما قطعة يعمرها وقال: هي قسمة استقلال فالقول للآخر لأنه مدعى عليه والأول مدع (يؤمر في) القول (الأصح بالإثبات) لما ادعاه فإن جاء بينة وإلا فلا شيء له إلا اليمين والأرض بينهما. قال في المفيد: ذهب قوم إلى أن القول لمدعي البت مع يمينه. وقال آخرون: القول لمدعي قسمة المتعة لأنه يقول: لم أقسم وبه العمل وهو الصواب وإلى تصويبه أشار الناظم بالأصح إلا أن يطول الزمان وتمضي مدة الحيازة كالعشرين سنة والأربعين على ما تقرر في حيازة الشريك أجنبي أو قريب فالقول حينئذ لمدعي قسمة البت قاله أبو الحسن في الدر النثير، وأحرى من قول الآخر هي قسمة استغلال ما إذا لم تقع قسمة فإن القول له بلا خلاف فلا يحمل عليه الناظم أيضاً لقوله على الأصح (ولا يجوز قسم زرع أو ثمر مع الأصول) أي لا يجوز قسم الأرض بزرعها ولا الأشجار بثمرها لما فيه من طعام وعرض بطعام وعرض بل تقسم الأرض وحدها والأشجار وحدها وينتظر طيب الزرع والثمر فيقسم كيلاً أو يباع ويقسم ثمنه وهذا معنى قوله: (والتناهي ينتظر) وهو مبتدأ وخبر ولا يقسم الزرع الذي طاب فدادين ولا قثاء أو زرعاً قاله في المدونة هذا إذا أريد قسمها معاً فإن أريد قسم الأرض دون الزرع أو الأشجار دون الثمار ففي ذلك تفصيل أشار له بقوله: (وحيثما الأبار فيهما) أي الزرع والثمر (عدم فالمنع من قسمة الأصل) وحده وإبقاء الثمرة على الشركة (منحتم) خبر عن قوله المنع (ومع مأبور) متعلق بقوله: (يصح القسم) أي ويصح القسم (في أصوله) أي في أصول المأبور وحدها مع كون الثمرة مأبورة (لا فيه معها) أي لا في المأبور مع أصله (فاعرف) تتميم القسم الثالث أن يراد قسم الثمر وحده في رؤوس الشجر وهو ممنوع إلا في التمر والعنب كما قال: (وقسم غير التمر خرصاً والعنب مما على الأشجار منعه وجب) فإن جذ وقسم بالكيل أو الوزن جازخ وتمر أو زرع إن لم يجذاه ثم قال: إلا التمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله وإن بكثرة أكل وقل وحل بيعه واتحد من بسر أو رطب لا تمر اه. وهو مفهوم النظم، وقد علمت ما أخل به من شروطه واعلم أن الطارىء على القسمة المقتضي لنقضها خمسة. استحقاق وقد مر في كلام الناظم وعيب وحكمه حكمه ودين ووارث ووصية وإليها أشار بقوله:

وينقض القسم لوارث ظهر

كعصبة ثلاثة اقتسموا التركة ثم ظهر رابع فتنقض لأجله، وهذا إذا كان المقسوم كدار فإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل واحد بما أخذه زائداً على حقه ولا تنقض القسمة (أو دين) ظهر بعد القسم (أو وصية) كذلك (فيما اشتهر) ثم إن كانت الوصية بجزء شائع قيدت بما قيدنا به مسألة الوارث وهو أن يكون المقسوم كدار وإلا لم تنقض ويرجع على كل، وإن كانت بعدد من دراهم أو غيرها قيدت بما قيد به الدين وهو ما أشار له بقوله: (إلا إذا ما الوارثون باؤا بحمل دين) أي التزموا كلهم أو واحد منهم أداء الدين للغريم (فلهم ما شاؤوا) من إمضاء القسمة وبقائها إذ لا حق له في عين التركه وأصل باء رجع متحملاً (والحلى) المشترك (لا يقسم بين أهله إلا) على أحد وجهين (بوزن) معتدل حيث أمكن فيه ذلك لتعدده مثلاً (أو بأخذ كله) ويأخذ الوارث الآخر عيناً من نوعه بالوزن أو عقاراً أو عروضاً أو عيناً من غير نوعه لا عرضاً وعيناً ولو من غير نوعه إلا أن يكون الجميع قدر دينار أو يجتمعا فيه (وأجر من يقسم) التركات أو غيرها (أو يعدل) أي يقوم الأصول أو السلع أو غير ذلك إذا كانت السهام مختلفة كنصف وثلث وسدس (على الرؤوس) أثلاثاً عند مالك سوية.j أصبغ: على قدر الأنصباء. ابن فتحون: والاول أظهر الناظم (وعليه العمل) ابن سلمون: وأجرة كاتب الوثيقة على السواء وإليه أشار الناظم بقوله: (كذلك الكاتب للوثيقة للقاسمين مقتف طريقه) بالتاء المبدلة هاء للوقف وللقاسمين نعت له قدم فيكون حالاً، ومقتف خبر عن الكاتب أي كاتب الوثيقة مقتف طريقة للقاسمين حال كونه كذلك في أخذه الأجرة على الرؤوس. وقال ابن سلمون: وهي حلال لمن أخذها عند أهل العلم. قال ابن حبيب: والتتره عنها أفضل.

تنبيهان. الأول: العمل عندنا اليوم في الوثيقة والقسم أنها على الأنصباء.

الثاني: للمسألتين نظائر أجرة كنس المراحض ونحوها أجرة الدلالين وأجرة حارس الزرع ونحوه الشفة زكاة فطر العبد المشترك نفقة الأولاد على الأبوين إذا أوصى بمجاهل من أنواع سكنى الحاضنة ونحوها، ونظمها بهرام والتتائي. والراجح فيها مختلف انظر طالع الأماني في زكاة الفطر. (وأجرة الكيال في التكسير) أي في كيل الأرض إذا بيعت على المكيل (من بائع تؤخذ) تلك الأجرة (في المشهور كذاك في الموزون والمكيل) طعاماً أو غيره إذا بيع على الكيل أو الوزن فأجرة ذلك على البائع ل

قوله تعالى وجئنا ببضاعة مزجاة فاوف لنا الكيل وتصدق علينا} (يوسف:88) (الحكم ذا من غير ما تفصيل) إلا لشرط أو عرف فيجري عليهما.

فصل في المعاوضة

وتسميها العامة بالمعاملة وهي بيع العرض بالعرض فهي أخص من البيع ونوع منه، ولذا قال: (يجوز عقد البيع بالتعويض في جملة الأصول والعروض) ثم الأصول إذا كانت أشجاراً أو أرضاً فلا يخلو إما أن يكون فيهما ثمر أو زرع أبر أو لم

يؤبر أو لم يكن فيهما شيء، فالثالثة جائزة ولا إشكال، والثانية ممنوعة بكل حال، والأولى إن بقي المأبور إن على ملكيهما أو بقي أحدهما فقط على ملك صاحبه جازت وإلاَّ فلا وهو معنى قوله: (ما لم يكن في الأصل زرع أو ثمر لم يؤبرا) بأن لم ينعقد الثمر ولا خرج الزرع على وجه الأرض وعقد المعاوضة على الأصول دون الثمرة والزرع فيجب فسخها، (فما انعقادها يقر) لأن غير المأبور لا يجوز للبائع استثناؤه ولا للمشتري اشتراطه، وقال ابن فتحون: وإذا كان في الشجرة ثمرة لم تؤبر وفي أرض زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك كالجنين في بطن أمه وهو للمشتري بمقتضى العقد، ولا يجوز أيضاً للمبتاع اشتراطه لئلا تقع له حصة من الثمن، وقد يمكن أن لا ينبت فيكون من الغرر اه. قال ابن عات: في توازل سحنون أنه أجاز اشتراطه في الصفقة و لم يذكر ابن رشد غيره اه. وقال المازري: من باع أرضاً بزرعها وهو لم ينبت ففيه قولان أحدهما إنه للمشتري كالثمرة التي لم تؤبر، والثاني أنه من حق البائع لأنه من الجنس الذي لا يؤبر فاشبه ما دفن في الأرض اه.

وصح

عقد المعاوضة (بالمأبور حيث يشترط من جهة) دون الأخرى كان في الأخرى ثمر أو زرع مأبور وبقي على ملك ربها أو لم يكن لأنها أرض وزرع بأرض فقط (أو بقيا) أي المأبوران (معاً) لأن المعاوضة حينئذ إنما وقعت في الأصل (فقط) دون ما اشترطا معاً لأنه عرض وطعام بعرض وطعام من جنسه، فإن كان من غير جنسه كأرض فيها زرع بشجر فيها ثمر جاز لأن النظر للجزاف قبض فالمناجزة حاصلة والمماثلة غير مطلوبة (وسائغ) أي جائز (للمتعاوضين) حيث يكون أحد العوضين أكثر قيمة من الآخر (من جهة فقط) لا من جهتين لأنه عرض وعين بعرض وعين (مزيد) أي أخذ أو دفع مزيد (العين) مع ما أخذه أو دفعه من العروض (لأجل ما كان من التفضيل) بين العين حتى يعتدلا ويجوز ذلك (بالنقد) أي الحضور (و) ب (الحلول) ب (التأجيل) إلى أجل معلوم أو بعضه بالنقد وبعضه بالتأجيل (وجائز في الحيوان كله) الرقيق والدواب والأنعام مختلف ألوانه أو جنسه (تعاوض) كعبد بجمل أو غير مختلف كعبد بعبد وهو قوله: (وإن يكن بمثله) أي في الجنسية والقدر، وأما إن اختلف القدر كجمل في جملين فإن عجلا معاً جاز وإلاَّ منع لأنه مع تقديم الجملين ضمان بجعل ومع تأخيرهما سلف جر نفعاً، وكذا إن عجل أحدهما لأن المؤجل هو العوض والمعجل زيادة لأجل السلف وهذا ما مر عليه (خ). وفي المواق المازري في جمل بجملين مثله أحدهما نقداً والآخر مؤجلاً روايتان. الجواز والكراهة، وأخذ ابن القاسم بالجواز ابن بشير جرت في مسألة الجملين مناظرة بين المغيرة وأشهب فالتزم أشهب الجواز فألزمه المغيرة ذلك في دينارين فالتزمه وقد لا يلزم لأن باب الصرف أضيق من غيره.

فصل في الإقالة

هي رجوع كل واحد من العوضين لصاحبه. وقال ابن عرفة: هي ترك المبيع لبائعه بثمنه وأكثر استعمالها قبل قبض البيع وهي رخصة وعزيمة الأولى فيما يمتنع بيعه قبل قبضه وهي جائزة في الأصول وغيرها ولازمة لأنها بيع من البيوع تنعقد بما يدل على الرضا، ووقع في كلام بعضهم أنها لا تكون إلا بلفظ الإقالة، قال الحطاب: ومرادهم إذا وقعت في الطعام قبل قبضه لا غير، ثم إن وقعت بأقل من الثمن أو أكثر فبيع باتفاق، وإن وقعت بمثل الثمن فثلاثة أقوال. ثالثها: أنها بيع في الطعام فتجوز منه قبل قبضه بناء على أنها نقض للبيع الأول، وفي الشفعة فيكتب الشفيع عهدته على المشتري ولو كانت بيعاً لخيَّر في كتبها عليه أو على البائع، وفي المرابحة فيما اشتراه بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم قال فيه: لا يبيعه مرابحة إلا بالعشرة.

إقالة

مبتدأ وسوغ الابتداء به قصد الجنس وخبره (تجوز فيما حلا) للسلامة من التهمة، ويأتي مفهومه وما فيه من التفصيل في قوله: ولا يقال حيث لم يأت الأجل وإذا حل الأجل جازت (بالمثل أو أكثر أو أقلا) وهذا التعميم يجب أن يخصص بغير الطعام، وأما الإقالة في الطعام فلا تجوز فيه قبل قبضه إلا بمثل الثمن وإلاَّ فهي بيع فيه كغيره فتحرم إلاَّ بعد قبضه، وإذا كان المقال منه في الذمة كسلم وجب تعجيل رأس المال ولا يجوز تأخيره ثلاثاً لأنه فسخ دين في دين وهو أضيق من ابتداء دين بدين فإن كان معيناً كالعبد جاز التأخير. (وللمقال) البائع لعبد مثلاً (صحة الرجوع) في الإقالة ويرد العبد (ب) سبب عيب (حادث يحدث) عند المشتري (في المبيع) بمنزلة من اشترى عبداً فاطلع فيه على عيب هذا حكم العيب الحادث عند المشتري (وفي القديم منه) أي من العيب وهو ما كان موجوداً حال البيع إن كان البائع عالماً به لم يرجع مطلقاً وإن لم يعلم فإن أقاله بمثل الثمن أو أقل فلا رد له وإن كان بأكثر فإن زاده البائع زيادة ليقيله حلف أنه لا علم له بذلك ورجع في الزيادة وهو قوله: (لا محالة) يرجع (بزائد إن كان في الإقاله. بعد اليمين أنه لم يكن يعلمه فيما مضى من زمن. والفسخ) مبتدأ كائن (في إقالة) من غزل مثلاً اشتراه ثم أقال فيه بعد أن نسجه فلا تجوز (مما) أي من أجل ما (انتهج) أي سلك (بالصنعة التغيير) وما مصدرية أي تنفسخ هذه الإقالة من أجل انتهاج المبيع طريق التغيير بسبب الصنعة (كالغزل انتسج) لتهمة سلف جر نفعاً، وأنه تسلف الغزل ليرده منسوجاً، وهذا ظاهر ففي الطرر عن المشاور: ولا تجوز الإقالة في شيء قد دخلته صنعة كالخياطة في الثوب والدبغ في الجلد ونحوهما إلا أن يعطيه أجرة عمله، وإلى هذا الاستثناء أشار بقوله: (إلا إذا المقال بالرضا دفع لمن أقال أجرة لما صنع). اللهم إلا أن يكون المبيع الذي دخلته الصنعة مثلياً فإن مثله يقوم مقامه. قال ابن عيشون: ومن

أقال في بيع أو ابتياع فوجد شيئاً. قد زاد أو نقص أو مات وهو لا يعلم لم تلزمه الإقالة إلا في الطعام، وكل ما يوجد مثله معه لأنه إذا وجد شيئاً قد تغير أخذ مثله.

ولا يقال

مضارع أقال مبني للمجهول أي لا تجوز الإقالة لمن باع ثوباً مثلاً بعشرة إلى شهر أن يقيل فيه أو يشتريه (حيث لم يأت الأجل) الذي هو آخر الشهر بثمانية نقداً أو لدون الأجل الشهر أو باثني عشر لشهرين وهو قوله: (بثمن أدنى) كثمانية نقداً (ولا وقت) أي ولا وقت (أقل) أو أقرب من الشهر (أو ثمن أكثر منه لأمد أبعد مما) أي من الأمد الذي (كان) هو أي الأمد (فيه المعتمد) فالمعتمد خبر كان وفيه متعلق بالمعتمد وضميره للقبض المفهوم من السياق فهي ثلاث صور ممنوعة، وعلة المنع فيها سلف جر نفعاً وضابطها أن يعود لليد السابقة بالعطاء أكثر مما خرج منها فإن استوت الأثمان بأن أقاله أو اشترى منه بمثل الثمن فالجواز مطلقاً كما قال: (وهي إذا كانت بمثل المال جائزة في كل حال حال) نقداً أو لدون الأجل أو للأجل نفسه أو لأبعد منه لأنه لم يعد لليد الأمثل ما خرج منها فلا تهمة، وكذا إذا اتفق الأجل تجوز بمثل الثمن أو أقل أو أكثر، فالصور اثنتا عشرة يمنع منها ثلاث وهي ما تعجل فيه الأقل كما في (خ) ويجوز الباقي. واعلم أن الإقالة إن كانت بأقل من الثمن أو أكثر فبيع اتفاقاً وإن كانت بمثله فقولان. فتسمية الناظم ما ذكر إقالة وتسمية غيره له بيعاً الكل صحيح. (ومشتر) لشيء (أقال) البائع فيه بعد ملكه له على أنه متى باعه فهو أحق به له شرطه وهو قوله (مهما اشترطا أخذ المبيع إن يبع تغبطا) حال من فاعل اشترط (بالثمن الأول) متعلق بأخذ (فهو جائز) جواب الشرط الذي هو مهما والشرط وجوابه خبر المبتدأ (والمشتري به) أي بذلك الشرط (المبيع) مفعول مقدم لقوله (حائز) قاله ابن القاسم في العتبية، ونص عليه ابن فتحون، ونقله ابن سلمون قائلاً: فينقض البيع وتكون السلعة للمقيل بالثمن الأول إلا إن يبيعها البائع بعد طول في الزمان تدفع فيه التهمة اه. وتبعهم الناظم وفي البرزلي: سئل المازري عمن باع أرضاً ثم استقال المشتري فأقاله على أنه متى باعها كان أحق بها بالثمن الأول فباعها فأراد المشتري الأول فسخ البيع والأخذ بشرطه. فأجاب: اختلف المذهب في ذلك ففي العتبية له شرطه والمشهور فسادها لما فيها من التحجير وهي بيع من البيوع، فإن نزلت فسخت الإقالة وإن طال ذلك وفاتت الأرض بالبيع مضى البيع وفاتت الإقالة لأنه صحيح اه. فالمعتمد في الشرط المذكور خلاف ما ذكره الناظم من الجواز، والظاهر أن مثله اشتراط المشتري أنه أحق بها بالثمن الذي تباع به، بل أحرى لزيادة جهل الثمن، وأما اشتراط البائع على المشتري شيئاً فلا شك في منعه كما مر صدر البيوع (وسوغت إقالة فيما اكتري) من دار أو حانوت (إن لم يكن أعطى الكراء المكتري) سكن شيئاً أو لا، فيفسخ الكراء عن نفسه ولا شيء عليه، فإن كان المكتري قد أعطى الكراء فإن لم يسكن شيئاً جازت أيضاً وإن سكن بعضها لم تجز لأنه سلف وكراء كسلع باعها وقبض ثمنها، ثم بعد زمان أقال من بعضها لتهمة بيع وسلف نص على الأولى مالك، وعلى الثانية ابن القاسم.

فصل في التولية

ابن عرفة: هي تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه. (والتصيير) هو عقد على دفع أصل أو عرض أو غيرهما في دين سابق (تولية) الشيء (المبيع) أي يوليه المشتري لغيره (جازت مطلقا) سواء كانت بعد قبض المشتري للمبيع أو قبل القبض (وليس في الطعام ذاك متقى) أي ممنوعة بل تجوز التولية فيه قبل قبضه كالشركة فيه والإقالة لأن الثلاثة معروف رخص فيها صلى الله عليه وسلم كما رخص في بيع العرية. (والشرط في التصيير) وقد علمت حقيقته (أن يقدرا دين) أي يعلم قدره لأنه بيع من البيوع ولا بد فيه من معرفة العوضين و لم يخرج من ذلك إلا ما صير تمخياً وسيأتي (و) الشرط الثاني (الإنجاز) أي قبض الغريم (لما تصيرا) له ناجزاً فإن تأخر القبض لدار مثلاً أو كانت غائبة أو أمة فيها عهدة أو مواضعة أو بخيار فسد التصيير وفسخ على المشهور ويأتي.

والعرض

بالرفع والنصب من باب الاشتغال (صيره بلا منازعة) أي بلا خلاف (والحيوان) صيره أيضاً بهيمياً كان أو عاقلاً كالرقيق (حيث لا مواضعة) ولا عهدة ولا خيار كما مر. (وجائز فيه) أي في التصيير (مزيد العين حيث يقل عنه قدر الدين) أي عن المصير بأن تكون قيمته أكثر كدار قيمتها مائة صيرها في ثمانين على أن يرد عليه عشرين. قال ابن سلمون: وكذلك إن صير له ملكاً في دين له عليه وزيادة زادها له فلا بد من التناجز. وقال المتيطي: إن كان المصير له زاد في الدار زيادة على الدين جاز ذلك ولا بد من تناجز القبض لما يدخله في التأخير من الدين بالدين اه. فان أرادوا التناجز في قبض الملك فواضح على ما فيه من التسامح في تسمية المعين ديناً وإن أرادوا التناجز في قبض الزيادة فليس بظاهر إذا الزيادة لم يقابلها دين وإنما قابلها ما زاد من الملك على قدر الدين على وجه البيع فتأمله. وأما عكس كلام المصنف وهو ما لو كان الدين مائة ودفع الدار في ثمانين ثم زاده عشرين فليس من الزيادة في شيء، وإنما هو قضاء لباقي الدين قبل التصيير. (والخلف في تصيير ما كالسكنى) لدار أو ركوب دابة أو نحوهما مما لا يقبض كله دفعة بل شيئاً فشيئاً (أو) ك (ثمر معين ليجنى) بعد تناهي طيبه فالمشهور منع ذلك كله وهو قول مالك ورواية ابن القاسم. وروى أشهب عن مالك أنه أجاز أن يأخذ عن دينه داراً غائبة لأنها معينة أو عبداً بخيار أو أمة تتواضع أو سكنى دار وجعل قبض أوائل السكنى قبضاً لا وأخرها كما جاز عنده اكتراؤها بدين. قال بعض القرويين: وهو أقيس، ألا ترى أنه يجوز شراء ذلك باتفاق اه. وهل يفتقر التصيير لحيازة قال المكناسي: أفتى اليزناسني بأنه لا يفتقر لحيازة وهو بيع من البيوع، وأفتى العبدوسي بأنه يفتقر للحيازة. قال المتيطي: وبه جرى العمل وهو المشهور من المذهب وعليه فيكتفي بإقرارهما بالحوز على المشهور من المذهب، ثم قال: والصواب أن التصيير في المعين لا

يفتقر إلى حوز ولا يدخله الدين بالدين اه. وقيل: إن كان التصيير في دين ثابت لم يفتقر للحيازة وإلاَّ فلا بد من الحوز لاتهامهما على إسقاط الحوز في الهبة. قال المحشي: المذهب والمشهور هو الافتقار للحوز مطلقاً ثبت الدين بإقرار أو ببينة. وقال في شرحه لخليل: وقد تبين أن التصيير في غير مسألة الزوجة يصير لها الولد شرطه الحوز وإلا فسد اه. واعلم أن مفاد الفقهاء في حد الحوز أنه وضع اليد فهو القبض بنفسه، وأما الاستمرار فشيء آخر فلا معنى للتوقف في ذلك. (و) من عليه دين لصبي فأراد أن يصير له فيه أصلاً أو غيره (امتنع التصيير) منه (للصبي إن لم يكن) الصبي (ذا أب أو وصي)

لأن القبض يتعذر فيه إذ لا عبرة بقبض الصبي فيدخله الدين بالدين قاله المتيطي. فإن كان له أب أو وصي جاز لأنهما يقبضان له. وتقدم أول الباب أن من شرط التصيير معرفة قدر الدين المصير فيه ويستثنى من ذلك ما إذا كان على أب أو وصي و لم يعرفا قدره فيتحرى كل ما تبرأ به ذمته وصير فيه ملكاً فإنه جائز، وإليه أشار بقوله.

والأب كالوصي في التصيير تمخياً)

أي تبرياً من تمخيت الشيء إذا تبرأت منه وتحرجت وهو مفعول لأجله أي لأجل التمخي (ب) سبب (الجهل) بقدر ما في الذمة (للمحجور) متعلق بالتصيير أي ويصير الأب أو الوصي ما يتحرى به براءة ذمته ويصح قبضه للمصير إذا لم يسكنه وتسقط من الوثيقة معرفة السداد لأنه لا يعلم قدر ما صيرت فيه الدار قاله المتيطي، وهو صحيح في تحقق الدين وجهل قدره، وكذا الحكم إذا جهل الدين نفسه وإنما خاف أين يكون لمحجوره شيء في ذمته لتصرفه في ماله فتمخى شيئاً وصيره له واتفق ابن القاسم وسحنون على أنه لا شفعة في التمخي، ثم علله ابن القاسم بجهل الثمن وسحنون بأنه صدقة.

فصل في السلم

ابن عرفة: هو عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين اه. فقوله: عقد معاوضة جنس يشمل جميع أنواع البيع ويوجب عمارة ذمة أخرج به المعاوضة في المعينات وبغير عين أخرج به البيع بالدين أي بثمن إلى أجل ولا منفعة أخرج الكراء المضمون وغير متماثل العوضين أخرج القرض. واعلم أن السلم رخصة مستثنى من بيع الإنسان ما ليس عنده، وأنه لا يجوز في المعينات ولا فيما لا تضبطه الصفات ويلحق بالمعينات الأصول كما قال المصنف: (فيما عدا الأصول جوز) بالبناء للمجهول (السلم) ولا يجوز في الأصول كالدار والحانوت لأنه لا بد فيها من الوصف بما تختلف فيه الأغراض، ومنه تعيين محلها ومجاورها وذلك ملزوم لتعيينها، ولا يجوز السلم في المعين لأنه إن لم يكن في ملك البائع فالغرر ظاهر إذ قد لا يبيعه مالكه، وإن كان في ملكه فبقاؤه على تلك الصفة غير معلوم، ولأنه يلزم منه الضمان بجعل لأن المسلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه، ولأنه لم ينقد الثمن اختل شرط السلم، وإن نقده كان دائراً بين الثمن إن لم يهلك والسلف إن هلك قاله في التوضيح، (وليس) هو أي السلم كائناً (في المال) أي المعين بقرينة قوله: (ولكن في الذمم) أي: ولكن الشرط كونه ديناً في الذمة وجمعها ذمم كقربة وقرب، والذمة. قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلف غير المحجور قابل للالتزام، فاذا التزم شيئاً اختياراً لزمه وتلزمه أروش الجنايات وما أشبه ذلك قال: والذي يظهر لي وأجزم به أن الذمة من خطاب الوضع ترجع إلى التقادير الشرعية وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود. قال ابن الشاط: والأولى عندي أن الذمة قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها، فعلى هذا يكون

للصبي ذمة لأنه تلزمه أروش الجنايات وقيم المتلفات وعلى أنه لا ذمة للصبي نقول الذمة قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق والتزامها اه. وعلى كلام ابن الشاط هذا عول الناظم فقال: (والشرح للذمة وصف) أي تقديري
كالطهارة والقضاء لا حسي كالبياض والطول ولا عقلي حقيقي كالعلم والحلم (قاما) بالإنسان (يقبل الالتزام) كالنذر ونحوه (والإلزاما) كالزكاة وإرش الجناية لما يلزمه الشرع إياه وكون المسلم فيه ديناً في الذمة هو أول الشروط في كلام الناظم، والثاني ما أشار له بقوله: (وشروط ما يسلم فيه أن يرى متصفاً) أي مضبوطاً بالصفة التي تختلف بها القيمة في السلم عادة، وقيل: التي تختلف بها الأغراض وهو الصواب إذ لا يلزم من اختلافها اختلاف القيمة خلاف قول (خ): وإن تبين صفته التي تختلف بها القيمة في السلم عادة كالجودة والرداءة وبينهما واللون في الحيوان والثوب والعسل ومرعاه (مؤجلاً) أي: وأن يكون مؤجلاً قال في الموازية: إلى أجل معلوم تتغير في مثله الأسواق و لم يحد مالك في ذلك حداً ورأى الخمسة عشر يوماً أقل ذلك في البلد الواحد، فإن أسلمه على أن يأخذه في بلد آخر فجائز إن كانت مسافته إلى ثلاثة أيام. ابن حبيب: أو يومين لاختلاف سعريهما فصار كبعيد الأجل في البلد الواحد اه. ولا يجوز السلم الحال خلافاً للشافعي لحديث الصحيحين: «من أسلم في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» (خ): وأن يؤجل بمعلوم زائد على نصف شهر، والمراد نصف شهر فأكثر قال: إلا أن يقبض ببلد كيومين، وفي نوازل البرزلي: يجوز السلم الحال لأرباب الحرف ويؤخذ من التجارة لأرض الحرب وذلك بشرط أن يشرع في الأخذ ويكون أصل ذلك عنده كمسألة الشراء من دائم العمل كالخباز. انظر المواق وشرطه أيضاً أن يكون (مقدراً) بالعادة فيه (من كيل) كالحنطة (أو وزن) كالسمن والقطن (وذرع) في الشقة (أو عدد) في الرمان والبيض وشرطه أيضاً أن يكون (مما يصاب) أي يوجد (غالباً عند الأمد) وهو حلول الأجل وإن انقطع قبل ذلك خلافاً لأبي حنيفة.

فرع: فلو مات المسلم إليه قبل الأبان وقف قسم تركته إليه ابن رشد: إلا أن قل المسلم فيه وكثرت التركة فإن كان عليه ديون أخر تحاصوا في تركته وضرب لصاحب السلم بما يشترى له به بعد الأبان بما يشترى به الآن.c (وشرط رأس المال) أي ومن الشروط أيضاً بالنسبة لرأس المال (أن لا يحظلا) يمنع (في ذاك) أي في المسلم فيه (دفعه) احترازاً من سلم ذهب في فضة أو بالعكس أو طعام في آخر أو لحم في حيوان أو عكسه (وأن يعجلا) هو أي رأس المال حقيقة أو حكماً كما أشار له بقوله: (وجاز إن أخر كاليومين) والثلاثة وهذا في العين (والعرض) الحاضر (فيه) أي في جواز التأخير (بخلاف العين) فإذا كان رأس المال عرضاً أو حيواناً جاز أن يؤخر أكثر من ثلاثة أيام بلا شرط. قال في المدونة، قال مالك: وإن كان رأس المال عرضاً أو طعاماً بعينه وتأخر قبضه الأيام الكثيرة أو إلى الأجل و لم يكن شرط من أحدهما فالبيع نافز مع كراهة ذلك. قال ابن محرز، قيل: إن هذا على أن الطعام لم يكتل والثوب غائب على الصفة ولو نظر إلى الثوب وكال الطعام وتركهما على غير شرط تراخ لم تكن كراهة اه. قال في التوضيح: وينبغي في العرض إذا أحضر الجواز وفي الطعام إذا لم يكل أن تكون الكراهة للتحريم.

تتمة: زاد المتيطي من الشروط أن يذكر موضع القضاء اه. وهذا إذا كان المحل متسعاً جداً وإلا لم يلزم ويقضيه بينة أو بسوقها وإلاَّ ففي أي مكان قال في المدونة، قال ابن القاسم: من أسلم في طعام على أن يقبضه بمصر لم يجز حتى يسمي أي موضع بمصر لأن مصر ما بين البحر إلى أسوان. قال ابن القاسم: ولو قال على أن يقبضه بالفسطاط جاز قال مالك: ويقبضه في سوق الطعام وكذا جميع السلع إذا كان لها سوق فإن لم يكن لها سوق معروف فحيثما أعطاه بالفسطاط لزم

المشتري، وقال سحنون: يوفيه ذلك بداره كان لها سوق أو لا. أبو إسحاق: وهذا هو المحكوم به اليوم لأن الناس اعتادوا ذلك. وقال ابن المواز: لا يفسد السلم إذا لم يذكر موضع القضاء ويقضيه بموضع التبايع في سوق تلك السلعة اه. ومحله إذا لم يتسع المحل فلا يعارض ما للمتيطي (خ): كفسخ ما يقبض بمصر وجاز بالفسطاط وقضى بسوقها وإلاَّ ففي أي مكان.

باب الكراء

للدور وشبهها، (وما يتصل به) من اختلاف المتكاريين وكراء الرواحل والسفن والإجارة والجعالة واتصل بذلك الأبواب المستثناة من الأصول الممنوعة كالمساقاة والمغارسة والمزارعة والقراض وأدمج الشركة بينهما، وغرر هذه الأبواب ظاهر لكنه اغتفر لشدة الحاجة إليها والأصل أن الإجارة لمنافع الحيوان العاقل والكراء لما لا يعقل من دابة أو دار، وقد يطلق أحدهما على الآخر. ابن عرفة: الكراء عقد على منافع غير الآدمي أو ما يبان به وينقل غير سفينة اه. وأخرج السفينة لأن شراء منفعتها من باب الجعل لا من باب الإجارة. قلت: ولو قال عقد على منافع غير آدمي وسفينة لأجاد لأن ما يبان به كالدابة والمنشار داخل في غير الآدمي. (يجوز في الدور وشبهها) كالحوانيت والفنادق والأرحية ونحوها (الكرا) ويكون على وجهين أحدهما (لمدة حدت) كشهر أو سنة أو ثلاث سنين مثلاً (وشيء) من العروض (قدرا) لتلك المدة المحدودة كدينار أو عشرة ويسمى هذا وجيبة (ولا خروج عنه) لواحد منه لإيجابه على نفسه (إلا بالرضا) من صاحبه على الفسخ (حتى يرى أمده قد انقضى) فلهما أن يخرجا أو يستأنفا، ثم إن عينا السنة أو الشهر فواضح والأصح، وحمل على أن الشهر من حين العقد، والوجه الثاني أن يكون العقد مشاهرة وهو ما أشار له بقوله: (وجائز أن يكترى بقدر معين في العام أو في الشهر) كأن يقول: أكرني دارك كل شهر بدينار، أو كل سنة بعشرة دنانير، أو كل جمعة بدرهم فيقول: أكريتك والعقد على هذا الوجه يسمى مشاهرة. (ومن أراد أن يحل ما انعقد) من هذا الكراء (كان له) الحل (ما لم يحد بعدد) هذا مستغنى عنه لأنه إذا حد بعدد كشهرين مثلاً فهو الوجيبة المتقدم ذكرها. (وحيثما حل) عقد (الكرا) المشاهرة أو الوجيبة برضاهما و لم يكن المكري قبض شيئاً من الكراء (يدفع من قد اكترى منه بقدر ما سكن) حيث سكن شيئاً (كذاك إن) قدم (بعض الكراء قدما) وأراد أحدهما الفسخ وأبى الآخر (فقدره) أي فقدر المقدم (من الكراء لزما) فلو اكترى منه كل شهر بدينار وقدم له دينارين لزمه الشهران، وفي نسخة فقدره من الزمان وهي أظهر فإن أراد الفسخ بعد ما قدم الكراء فإن كان لم يسكن شيئاً جاز، وإن سكن البعض لم يجز لسلف وكراء كما مر وظاهر قوله: ومن أراد أن يحل ما انعقد كان له أنه لا يلزمه شيء ولو أقل ما سماه كشهر وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة وغيرها، وسواء سكن أو لا إلا إن كان المكترى أرضاً وحرثها فتلزمهما السنة بحراثتها قاله ابن عبد السلام. وقال مطرف وابن الماجشون: يلزم الآبي منهما أقل ما سماه كشهر مثلاً، وثالثها يلزم الأقل إن شرع في السكنى، وبه العمل بفاس، وإن من اكترى كل شهر بكذا إن سكن بعض الشهر كأربعة أيام ونحوها لزمه كراء الشهر وليس لأحدهما خروج عن ذلك إلا برضا صاحبه، ثم أشار إلى ما إذا كان في الدار نخلة أو كرمة أو نحوهما، واشترط المكتري ثمرها فذكر ما حاصله: أنه إذا كان العقد بعد أن بدا صلاح الثمرة جاز مطلقاً وهو قوله:

وشرط ما في الدور من نوع الثمر إذا بدا الصلاح فيه معتبر

ذلك الشرط ومعمول به إذ حاصله اجتماع البيع والكراء وهو جائز قل المبيع أو أكثر، وإن كان قبل طيبها فلا بد للجواز من شرطين أن تقل الثمرة بأن تكون قيمتها الثلث على المعروف من إطعامها كل عام بالنسبة لمجموعها مع قيمة الكراء دونها، وأن تطيب في مدة الكراء وإليهما أشار بقوله: (وغير بادي الطيب أن قل اشترط) لجواز اشتراطه مع كونه قليلاً (حيث يطيب قبل ماله ارتبط) وكأنه استعمل حيث للزمان ومتصرفة وكلاهما قليل أي اشترط زمان يطيب فيه غير بادي الطيب قبل أمد الكراء الذي ارتبط له وبقي شرط ثالث وهو أن يشترط جميع الثمرة، فإن شرط بعضها لم يجز عند ابن القاسم خلافاً لأشهب. ابن يونس: إنما أجيز الاشتراط للضرر بالدخول على المكتري لإصلاح الثمرة وجذاذها. (وما كنحل) بالحاء المهملة في جبح (أو حمام) في برج (مطلقا) قل أو كثر (دخوله في الاكتراء) شرط كما في الثمرة (متقى) أي يجب اتقاؤه لمنعه لأن الغرر فيه كثير ولأنه ليس من نفس الدار كالشجرة فلا يجوز أن يشترطه المكتري. (وجاز شرط النقد) للكراء (في الأرحاء) حال كونها كائنة (بحيث لا يخشى انقطاع الماء) لجري العادة بدوام جريه فإن كان يخشى انقطاعه لم يجز اشتراط النقد للتردد بين السلف والكراء، ويجوز دون شرط. قال المتيطي: من الأرحاء ما هي مأمونة لا ينقطع ماؤها ولا ينخرق سدها، فهذه يجوز كراؤها واشتراط النقد فيها قال: ويجوز اكتراؤها بالعين وبالطعام الموصوف إلى أجل وغيره وإليه أشار بقوله: (وبالدقيق والطعام تكترى) هي أي الأرحاء (والبدُّ) بفتح الموحدة وتشديد الدال المهملة أي المعصرة والموضع الذي يعصر فيه الزيت ويكال ويباع، ومنه قيل لكيال الزيت بداد قاله اليزناسني في شرحه، والذي في القاموس بدده تبديداً فرقه ونحوه في المصباح يكرى (بالزيت وينقد الكراء) فيه بشرط وغيره ويجوز تأجيله. قال في المفيد: وتجوز قبالة معصرة الزيت

بالزيت الموصوفة إلى أجل كما تجوز قبالة الملاحة بالملح، ولا يجوز لصاحب البد اشتراط النوى لأن بعضه أرطب من بعض ولا يحاط بصفته اه. والراد بالنوى الفيتور أي النقل.

فصل في كراء الأرض وفي الجائحة فيه

يجوز كراء الأرض بالعين والعرض وغيرهما ما عدا شيئين الطعام وإن لم تنبته وما تنبته، وإن لم يكن طعاماً كالقطن والكتان وإلى ذلك أشار بقوله: (والأرض لا تكرى بجزء تخرجه) مع كله ككرائها لمن يحرثها زرعاً أو مقثاة على أن لربها النصف أو الربع مما يخرج منها، فإن وقع ذلك وتزل فسخ وكان الخارج كله للمكتري وعليه لرب الأرض كراء المثل عيناً وهذا معنى قوله: (والفسخ مع كراء مثل مخرجه) أي وجه الخروج منه (ولا بما تنبته) الأرض أكراها له كجزء من زرعها كما مر أو لغيره كأن يكريها بقطن أو كتان وهي لا تصلح له أو تصلح لمن يزرعها حباً فهو أعم مما قبله (غير الخشب) بفتحتين فيجوز كراؤها به (من غير مزروع بها) بيان لما (أو القصب) عطف على الخشب، فيجوز كراؤها بالخشب والقصب، ولا يجوز بحب وإن أكراها لقطن (ولا بما كان من المطعوم) أي: وإن لم تنبته ولا خرج منها مباشرة

(كالشهد واللبن واللحوم) هذا هو المذهب. وأجاز الليث كراءها بالثلث أو الربع مما تنبته وبه العمل في الأندلس، ولذ قال القائل:

قد خولف المذهب في الأندلس

في ستة منهن سهم الفرس

وغرس الأشجار لدى المساجد

والحكم باليمين قل والشاهد

وخلطة والأرض بالجزء تلي

ورفع تكبير الأذان الأول

ومفهوم ستة غير معتبر فقد ذكر في آخر المفيد نحو الثمانية عشر.

وتكترى الأرض لمدة تحد من سنة

أو سنتين أو ثلاث (والعشر) سنين (منتهى الأمد) وظاهره أرض سقي كانت أو بعلاً قال الشارح: إلا أنهم أجازوا في أرض البعل الاكتراء لأكثر من عشر، والناظم اقتصر على العشر فترجح لذلك احتمال تخصيص كلامه بأرض السقي، ففي الوثائق المجموعة قال ابن القاسم: ويجوز اكتراء أرض المطر لعشر سنين أو أكثر إذا لم ينقد ولا شرط ذلك عليه المكري إذا كانت غير مأمونة، وفيها أيضاً روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه قال: ما كان من الأرض يسقى بالأنهار والآبار فلا بأس بوجيبة الكراء فيها لعشر سنين ونحوها ويكره الطول فيها لما يخشى من ذهاب الماء وغوره، وإن كان إلى أمد أقرب، وأما ما يسقى بالعيون فلا تجوز وجيبة الكراء فيها إلا الأعوام اليسيرة الثلاثة والأربعة. وفي المتيطية: وأجاز ابن القاسم كراء أرض المطر لعشر سنين اه.

قلت: ولعل هذا هو الذي اعتمده الناظم ومثله في (خ) إذ قال: وأرض مطر عشراً إن لم ينقد وإن سنة إلا المأمونة أي: من أرض المطر كبعض البلاد التي لا يتخلف عنها عادة كالنيل أي كأرض النيل المأمونة وهو تشبيه كما قال ابن غازي: أو المعينة بفتح الميم أي التي تسقى بالعيون الثابتة أو الأنهار الجارية، فيجوز كراء كل بالنقد. قال الرزقاني: ولو لأربعين سنة كما في (خ) عند قوله: وعبد خمسة عشر عاماً، ويجب في مأمونة النيل إذا رويت أي يقضي على المكتري فيها بدفع الكراء، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء قاله ابن رشد.

وإن تكن شجرة بموضع

يشمل الدار، وقد تقدمت، والأرض ولأجلها أعاد المسألة (جاز اكتراؤها) أي الشجرة أي اشتراط ثمرها .

بحكم التبع

من كونها الثلث إلى آخر ما مر (ومكتر أرضاً وبعد أن حصد) أي استحصد زرعه وطاب (أصاب زرعه انتثار بالبرد) مثلاً ثم نبت في السنة بعدها (فنابت بعد من المنتثر هو لرب الأرض لا للمكتري). (خ): وإذا انتثر للمكتري حب فنبت قابلاً فهو لرب الأرض كمن جره السيل إليه أي: ولا شيء للزارع فيهما، وإنما الزرع لرب الأرض النابت فيها أو المنعجر إليها وظاهره ولو كثر المنتثر، وقيده الزناتي في شرح الرسالة بالقليل الذي تسمح به النفوس وإلاَّ فهو لربه وعليه كراء الأرض اه. و لم أره لغيره وفيه بعد فتأمله، وأما لو انجر إليها حب من الأندر فلربه أخذه كتراب ولا يلزم بنقله، وأما الشجر يجره السيل فينبت بأرض آخر فإن كان إن قلع نبت فلربه أخذه وإلاَّ فللآخر دفع قيمته حطباً أو أمره بقلعه. (وجائز كراء الأرض بالسنة) فإن عينت فواضح وإلا فهي في أرض المطر بالحصاد، وفي السقي بالشهور فإن تمت وله زرع أخضر لم يؤمر بقلعه وعليه الكراء المثل فيما زاد على السنة. وقيل من حساب الكراء الأول وعليها مسألة تقع كثيراً يكتري داراً أو حانوتاً لمدة معينة فتمضي ويبقى المكتري ساكناً على المساكنة، والظاهر في هذه أن له بحسب الكراء الأول. (و) ب (الشهر) فيما يمكن فيها ذلك، ثم إذا كانت السنة أو الشهر معيناً فلا إشكال في لزوم الكراء، وإن لم يعينا شهراً ولا سنة فكل شهر أو كل سنة بكذا فلكل واحد منهما الانحلال ما لم يحرثها المكتري كما مر، وإذا حدت السنة وكانت غير معينة فإن كانت الأرض تزرع السنة كلها فأول السنة من حين العقد إن كانت خالية من مزروع وإلاَّ فمن يوم تخلو (في زراعة معينة) أي لا بد من تعيين ما يزرعه حيث لم يكن عرف، واختلف الحال فليس القمح كالشعير ولا كالمقاثي (ومتوالي القحط) وهو عدم المطر (و) متوالي (الأمطار) يعني غرق الأرض في وقت الحرث حتى فات الأبان (جائحة الكراء) بعدم التمكن من الحرث (مثل الفار) أو الدود يخرج من الأرض

ويسقط الكراء

بما ذكر من القحط أو الغرق أو الفار أو الدود وشبهه (إما جمله) وذلك إذا أجيح الزرع كله (أو بحساب ما الفساد حله) إلا أن يكون السالم لا بال له كخمسة فدادين أو ستة من مائة فلا شيء عليه (وليس يسقط الكرا في) أي بسبب (موجد) بفتح الجيم (بمثل صر) وهو البرد الشديد (أو بمثل برد) وهو مطر منعقد أو بطير أو جراد أو جليد أو غرق بعد وقت الحرث أو عدمه بذراً والضابط في ذلك هو التمكن من الحرث والانتفاع بالأرض والماء، وفيه قلت:

ولزم الكراء بالتمكن
ولو أجيح الزرع لا للأمكن
كبرد طير جليد وجراد
جيش وغاصب ولا نبت براد
ويسقط الكراء قحط أو غرق
والدود والفار فليس يستحق

فصل في أحكام الكراء

والعرض إن عرف عيناً

تميز محول عن النائب أي إن عرفت عينه وكان لا يلتبس رده برد مثله (فالكرا يجور فيه كالسروج) جمع سرج وهو للدابة (والفرا) بالكسر والقصر للضرورة جمع فروة ويلبسها أهل مصر وغيرهم، ومفهوم الشرط أن العرض الذي لا يعرف بعينه كقدور الفخار المسودة بالدخان حتى لا تعرف لا يجوز كراؤها لأنه قد يرد مثلها فيكون سلفاً جر نفعاً، وهذا قول ابن العطار، والمشهور خلافه وعليه سكت (خ) إذا قال: وإجارة ماعون كقصعة وقدر أما الدراهم والدنانير فلم تدخل في قوله: والعرض فلا يصح أن تكون مفهوم الشرط خلافاً لمن شرحه على ذلك. (ومكتر لذاك) أي للعرض (لا يضمن ما يتلف عنده) منها (سوى أن ظلما) بفتح الهمزة أي إلا أن يظلم بتعد أو تفريط، ثم إن كانت له بينة فواضح وكان عليه الكراء ليوم التلف وإلاَّ بأن لم تكن له بينة صدق في التلف كما قال: (وهو مصدق مع اليمين) لقد ضاع وما اخفاه وأن ضياعه لم يكن بتعد منه ولا تفريط، وقيل: إن غير المتهم يحلف ما فرط فقط ويصدق مع يمينه (وإن يكن) المكتري (من ليس بالمأمون) لأنه لما أكراه منه فقد أمنه عليه. قال ابن القاسم: ويلزمه الكراء كله إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع وقال غيره: وهو مصدق في الضياع ولا يلزمه من الأجر إلا ما قال إنه انتفع به، وبه أخذ سحنون قال ابن يونس: وهو الصواب إن شاء الله اه. والأول هو المشهور.

والمكتري

داراً سنة بعشرة مثلاً (إن مات) قبل أن يسكنها أو فلس (لم يحن كرا)ء أي لم يبلغ حينه ولم يحل هنا بالموت ولا بالفلس إذ لا يحل عليه شيء لم يقبض عوضه قاله ابن رشد قال: وهذا أصل ابن القاسم لأنه لا يرى قبض الدار للسكنى قبضاً فالآتي على مذهبه أن الكراء لا يحل بموته ويتترل الورثة مترلته فإن لم يلتزموا الكراء في أموالهم فالذي يوجبه الحكم أن يكري ما بقي من المدة، فإن نقص وقف من التركة بقدر النقصان، وإلى ذلك أشار الناظم بقوله: (واستؤنف الكراء) للدار في المدة أو ما بقي منها (كيف قدرا) أي بما أمكن قليل أو كثير (حيث أبى الوارث إتمام الأمد) على أن الكراء في ذمتهم (واستوجبوا أخذ المزيد في العدد) الذي أكريت به كما لو أكريت بخمسة عشر فالخمسة لهم (والنقص بين العددين إن وجد) كما لو أكريت بثمانية فالنقص وهو الدينار إن (له وفاء من تراث من فقد) أي مات إن كان في تركته ما يوفي، وإلا ضاع على المكري هذا تقرير كلامه تبعاً لابن رشد والمشهور خلافه (خ) وحل به وبالموت ما أجل ولو دين كراء. واعلم أن محل الخلاف في الكراء إذا لم يستوف عوضه من المنفعة كما مر في كلام ابن رشد، فأما لو اكترى شهراً بدينار على أن يؤديه بعد شهرين فمات عقب الشهر أو فلس لحل اتفاقاً لقبض عوضه، وكذا لو قبض البعض لحل مقابله.

وفي امرىء

خبر مقدم عن قوله قولان في البيت بعد (ممتع في المال) أي متعته زوجته بأرض يحرثها مثلاً وتطوعت بذلك بعد العقد لأن شرطه فيه مفسد كما مر (يموت) صفة بالجملة بعد المفرد (قبل وقت الاستغلال) وهو طيب الزرع وحصاده (وقامت الزوجة تطلب الكرا) الواجب فيما بين الموت والطيب لأنها إنما متعت الزوج لا ورثته (قولان) أحدهما لا كراء لها وهو لابن حبيب في العمرى، والثاني لها كراء. ونقله ابن حبيب عن غيره (و) الثالث (الفرق لمن تأخرا) واستظهر الناظم الأول تبعاً لشيخه في ترجيحه له فقال: (وحالة المنع) من الكراء (هي المستوضحة وشيخنا أبو سعيد) فرج بن القاسم بن لب الثعلبي الأندلسي شيخ شيوخ غرناطة كان فاضلاً عالماً متفنناً انفرد برئاسة العلم وكان إليه المفزع في الفتيا، وكان إماماً في أصول الفقه وفي أصول الدين تخرج به جماعة وله تعاليق مفيدة ونظم حسن في جواب القائل:

أيا علماء الدين ذمي دينكم

تحير دلوه بإرشاد حجة

الخ وهو:

قضى الرب كفر الكافرين و لم يَكن

ليرضاه تكاليف لدى كل ملة

نهى خلقه عما أراد وقوعه

وإنفاذه والملك أبلغ حجة

فنرضى قضاء الرب حكماً وإنما

كراهتنا مصروفة للخطيئة

فلا نرض فعلاً قد نهى عنه شرعه

وسلم لتدبير وحكم مشيئة

دعا الكل تكليفاً ووفق بعضهم

فخص بتوفيق وعم بدعوة

رجحه

لأنه بحرث الأرض حاز منفعة السنة فلم يمت إلا وهي في ملكه، ثم أشار إلى القول الثالث فقال: (وشيخه) أي شيخ أبي سعيد بن لب وهو (محمد بن بكر) بتشديد الكاف مفتوحة (إلى الوفاة مال عند النظر) أي مال عند نظره في المسألة إلى اعتبار وقت الوفاة (فإن تكن) الوفاة (والازدراع قد مضى أبانه) الجملة حال (فلا كراء يقتضى. وإن تكن ووقت الازدراع باق فما الكراء ذو امتناع). وقال اليزناسني ما نصه: ومعنى مال عند النظر إلى الوفاة أي مال إليه ورجحه، وقال به فإلى الوفاة يتعلق بالنظر فهو مقدم من تأخيره اه. ومقتضاه أن «عند» في كلام الناظم بمعنى «إلى» ولا أعرفه

لغيره، وإنما هي اسم للحضور كما قال ابن مالك أو اسم لمكان الحضور كما اختاره في المغني قائلاً: إن عند ظرف وليست بمصدر وما ذكرناه أظهر والله أعلم. (وفي الطلاق) يقع من الزوج الممتع بعد أن زرع الأرض (زرعه للزارع) وهو الزوج (ثم الكراء ما له من مانع) فإن طلق قبل أن يزرع الأرض (و) بعد أن حرثها وقلبها (خيرت) الزوجة (في الحرث في إعطاء قيمته) أي الحرث وتأخذ أرضها وفي تركها (والأخذ للكراء) اللام للتعدية ك

قوله تعالى مصدقا لما معكم} وفي إعطاء الخ بدل اشتمال مما قبله هذا حكم موت الزوج أو طلاقه فإن كانت الزوجة هي التي ماتت فهو قوله: (وحيثما الزوجة ماتت) بعد الحرث وقبل الاستغلال (فالكرا على الأصح لازم من عمرا) وهو الزوج لأنها إنما أعطته منفعة ما تملكه، وقد انتهى ملكها بموتها ومقابل الأصح لا شيء على الزوج أو ينظر إلى موتها، فإن كان بعد انقطاع الأبان فلا كراء، وإن كان قبل فالكراء، وإن كان بعد الحرث فقط يخير الوارث فيها الأقوال الثلاثة، ويلزمه من الكراء (بقدر ما بقي) من يوم الموت (للحصاد من بعد رعي حظه المعتاد) له في الإرث وهو النصف أو الربع فيسقط عنه ويلزمه الباقي (وإن تقع الفرقة (و) الحال أنه (قد تناهى) الزرع أي بلغ انتهاءه وهو اليبس (الفرقة) فاعل تقع بطلاق أو موت لأحدهما أو لهما (فالزوج دون شيء) من الكراء (استحقه) أي الزرع.k قال ابن سلمون: وإن انقضت الزوجية بعد الحصاد فلا خفاء أن ذلك للزوج أو لورثته من غير شيء يلزمه (ونزل الوارث في التأنيث) أي موت الزوجة (وعكسه) وهو التذكير أي موت الزوج (منزلة الموروث) فيهما فلا مطالبة إن كان الفراق بعد الطيب، والأقوال الثلاثة فيما إذا كان قبله، وكلام الناظم شامل لموت أحدهما أو لموتهما معاً أو أحدهما بعد الآخر، وعلى كل فهو ضيف الفائدة إذ من المعلوم أن من مات عن حق فلوارثه، وفي الشارح ههنا فروع حسنة.

فصل في اختلاف المكري والمكتري

وهو إما في قدر المدة وعليه تكلم في الأبيات الخمس الأول، أو في القبض والجنس وعليهما تكلم في البيت الأخير، أو في قدر الكراء وعليه تكلم فيما بينهما. (القول للمكري مع الحلف اعتمد) فيما إذا اختلف مع المكتري (في مدة الكراء) وكان ذلك (حيث ينتقد) المكري سواء سكن المكتري أو لا فإن لم ينتقد اعتبر حينئذ السكنى كما قال: (ومع سكنى مكتر و) الحال أنه (ما نقد تحالفا) أي المتكاريان (والفسخ) يقع (في باقي الأمد، ثم يؤدي ما عليه حلفا في أمد السكنى الذي قد سلفا) فإذا اكترى بأربعين ديناراً، ثم قال المكري: هي لأربعة أشهر عشرة في كل شهر، وقال المكتري: المدة خمسة أشهر ثمانية لكل شهر، فإن كان المكري قبض الكراء فالقول له بيمينه، وإن كان لم يقبضه فإن كان المكتري قد سكن بعضاً كشهر أو شهرين حلفا وفسخ الكراء في الشهرين وأدى ما سكن على حساب ما حلف عليه وهو ثمانية في كل شهر، وإن كان لم يسكن شيئاً فهو قوله: (وإن يكونا قبل سكنى اختلفا فالفسخ مهما نكلا) معاً (أو حلفا) معاً فإن حلف أحدهما ونكل الآخر في هذه أو في التي قبلها قضى للحالف على الناكل كما قال: (والقول في ذلك قول الحالف) وحده إذا نكل صاحبه (في لاحق الزمان أو في السالف) هذا خاص بالأولى أعني: ومع سكنى مكتر قال في النوادر: ويحملان في نقد الكراء على عرف الناس، وإذا اختلفا في المدة فإن انتقد المكري صدق مع يمينه سكن المكتري أو لم

يسكن، وإن لم ينتقد وكان بحضرة الكراء وقبل السكنى تحالفا وفسخ الكراء إذا حلفا أو نكلا، ومن نكل فالقول قول من حلف وإن اختلفا بعد أن سكن سنة أو بعضها تحالفا وفسخ باقي المدة، وعليه فيما سكن بحساب ما أقرَّ به اه. (وإن يكن) الاختلاف (في القدر) للكراء كأن يقول المكري بعشرة ويقول المكتري بثمانية فإن كان ذلك (قبل السكنى تحالفا والفسخ بعد) أي حلفهما معاً (سنا) أي شرع (وإن يكن) الاختلاف المذكور (من بعد سكنى) لبعض المدة (أقسما) أي حلفا معاً

وفسخ باقي مدة قد لزما وحصة السكنى

مما سكن (يؤدي المكتري) من حساب ما قال (إن كان لم ينقد لماضي الأشهر) فإن كان نقد فالقول فيها للمكري فيؤديه بحساب ما قال بعد يمينه.

والقول

فما إذا اختلفا (من بعد انقضاه الأمد) أي أمد الكراء (للمكتري) بثلاثة شروط أن أشبه كما للخمي وحلف و لم ينقد كما قال: (والحلف إن لم ينقد) فإن كان نقد فالقول قول المكري كما إذا أشبه وحده وحلف أو حلف ونكل المكتري ثم شبه في أن القول للمكتري ما إذا اتفقا على الكراء وعلى المدة، لكن ادعى المكري انقضاءها وتصرفها وادعى المكتري أنه بقي منها قدر فقال: (كذاك حكمه) أي المكتري (مع ادعائه لقدر) اللازم زائدة للتقوية (باقي مدة اكترائه) فالقول له مع يمينه وله ردها على رب الدار قاله المتيطي (والقول في) الاختلاف في (القبض وفي) الاختلاف في (الجنس لمن شاهده مع حلفه حال الزمن) ففي الجنس ينظر للعرف في البلد في مثل ذلك الكراء من كونه بالعين أو بالعرض أو بالذهب أو بالفضة ويحلف مدعيه، وفي القبض ينظر للقرب والبعد فإذا قام رب الدار على المكتري بعد الشهر أو السنة يدعي أنه لم يقبض الكراء، فإن كان بقرب ذلك فعلى الساكن أن يثبت الدفع وإلا حلف المكري وأخذه منه، وكذلك الصناع بهذه المنزلة إذا قاموا يطلبون الأجرة بعد تسليم المصنوع فيفصل في ذلك بين القرب والبعد كما سيأتي، والعمل بفاس أن يقبل قول المكري في ثلاثة أشهر لا فيما بعدها.

فصل في كراء الرواحل والسفن

وفي الرواحل

جمع راحلة وهي الناقلة المذللة للركوب وتستعمل في ذكر الإبل وإناثها وأصلها من الرحل الموضوع عليها قاله عياض. والمراد هنا الدابة من حيث هي فرس أو بغل أو حمار أو جمل (الكراء) مبتدأ وفي الرواحل متعلق به (والسفن) جمع سفينة عطف على الرواحل، والمعنى أن الكراء في الرواحل والسفن على وجهين إما (على الضمان) كأكتري منك ركوب راحلة إلى موضع كذا (أو بتعيين حسن) كأكتري منك دابتك هذه إلى كذا قال في المدونة: كراء الدواب على وجهين دابة بعينها أو مضمونة. قال ابن المواز: ولا يتعين الركوب في دابة أو سفينة إلا بتعيينه كقوله: أركبك هذه الدابة أو هذه السفينة مشير إليها ولا يتعين بحضوره وقت العقد مع كون المكري ليس له غيره، بل هو كراء مضمون حتى يعين اه. وظاهره أن مجرد التعيين بالإشارة كاف ونحوه قول (خ) وعينت دابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة، وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يختبرها الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطئه فرب دابة كما قال مالك: المشي خير من ركوبها. ابن رشد: ولا ينفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون إلا أن المكري إذا قدم للمكتري دابة فركبها فليس له أن يزيلها من تحته إلا برضاه ويفسخ في المعين، فإن أراد أن يعطيه غيرها فإن كان لم ينقد جاز لأنه كراء مبتدأ وإن كان نقد لم يجز لأنه فسخ دين في دين إلا أن يكون في مفازة فيجوز، ثم أشار إلى أن الكراء إذا كان مضموناً وجب أن يكون نقداً وإن كان معيناً جاز بالنقد والتأجيل فقال:

ويمنع التأجيل

للكراء (في) الكراء (المضمون) وهذا إذا لم يشرع في السير لما يلزم عليه من تعمير الذمتين وهو من الكالىء بالكالىء ولا يضر أن يتأخر شروعه اليوم واليومين كما في الحطاب، ويكفي في الحج إذا وقع العقد في غير أبانه أن يقدم اليسير من الكراء لقول مالك: قد قطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن يعربنوهم الدينار والدينارين (خ) وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع فيها الإكراء حج فاليسير (ومطلقاً) أي نقداً أو تأجيلاً (جاز بذي التعيين) كأكريتك هذه، وهذا إذا كان يشرع في ركوبها في الحال أو بعد أيام قلائل كالعشرة ونحوها، فإن كان لا يركبها إلا بعد الشهر ونحوه فلا يجوز بالنقد ويجوز بغيره قاله في المدونة. (وحيث مكتر) دابة ليزف عليها عروساً أو يشيع رجلاً أو اكتراها لحج أو زيارة (لعذر يرجع) عن ذلك كمرض أو رفسته أو سقط أو مات أو عرض له غريم حبسه في بعض الطريق (فلازم له) أو لورثته (الكراء أجمع) وله أو لورثته كراء الدابة في مثل ما اكتراها له قاله مالك في المدونة، وفي المواق أيضاً عن المتيطي: إن من اكترى دابة ليزف عليها عروساً في ليلة معينة فتأخر الزفاف لمرض أو عذر لم يكن عليه كراء، وإن كان التأخير اختياراً لزمه الكراء وله أن يكريها في مثله اه. وهو مخالف لكلام المدونة والناظم، وهذا كله في خلف المكتري، وأما لو خالف المكري و لم يأت بالدابة فإن كان اليوم معيناً انفسخ الكراء وإن كان غير معين لم ينفسخ فإن تعذر الانتفاع جملة كغصب أو خوف عدم انفسخ الكراء بلا إشكال.

فرع: لو منع الأجير في البناء ونحوه مطر في بعض اليوم كان له بحساب ما مضى وفسخ في بقيته قاله ابن أبي زيد وسحنون، وقيل له الجميع. ابن عرفة: لا يدخل هذا الخلاف في نوازل تونس لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف اه. فإن تعذر الحرث بكسر المحراث أو موت الدابة لم يسقط أجره قاله ابن القاسم ومن بعث معه بخادم يبلغها لموضع تاجر فماتت فله أجره ويستعمله في مثله قاله ابن يونس.

وواجب تعيين وقت السفر في

كراء (السفن) بسكون الفاء ضرورة لأن من الأوقات ما يعظم فيه الخطر في سفر البحر فيقل الكراء ومنه ما يقل فيكثر الكراء فوجب التعيين دفعاً للغرر (والمقر للذي اكترى) أي ويعين منتهى السفر ومحل القرار الذي يوضع فيه المكترى عليه (وهو) أي كراء السفن (على البلاغ) كالجعل الذي لا أجر فيه إلا بتمام العمل (إن شيء جرى فيها) أي السفن (فلا شيء له) أي المكري (من الكرا)ء قال في المدونة قال مالك: من أكترى سفينة فغرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من طعام وغيره فلا كراء لربها وأرى ذلك على البلاغ زاد في المنتخب: ولا ضمان عليه وهو قول مالك، وفي ابن شاس وابن الحاحب واللفظ له: وإذا عطبت السفن أو عرض ما يمنعها من البلوغ فقال مالك وابن القاسم: هو على البلاغ فلا شيء لربها، ولو غرق بالساحل ابن نافع: حكمها حكم البر ما سارت فلربها بحسابه. أصبغ: إن أدرك ما لا يمكنه السفر منه أو حاذاه فكالبر وإلا فعلى البلاغ بناء على أنها إجارة أو جعالة أو تقسم اه. وعلى المشهور لو أكراه من اسكندرية لطرابلس فزادت به الريح إلى سوسة فأنزله بها فلا كراء عليه إلا أن يرده لطرابلس، ولا ينظر لغلاء المتاع ولا رخصه قاله في النوادر.

فصل في الإجارة

تقدم أنها العقد على منافع الآدمي ولنا مع ابن عرفة في حدها بحث نفيس ذكرناه في طالع الأماني (العمل المعلوم من) أجل (تعيينه) أي تعيين قدره وجنسه وصفته بالعادة أو بالاتفاق كصبغ ثوب أو دبغ جلد أو خياطة ثوبين أو صياغة قرطين. (يجوز فيه الأجر) أي عقد الإجارة (مع تبيينه) أي الأجر بمعنى العوض ففيه استخدام، ومما يتفرع على الجواز ما ذكره بقوله: (وللأجير أجرة مكملة إن تم) عمله (أو) له من الأجرة (بقدر ما قد عمله) أي بقدر عمله فما مصدرية، وهذا إذا تراضيا على عدم الإتمام وإلا أجبر له الأجير كالراعي مثلاً على إكمال سنة إلا لعذر من مرض ونحوه، وقد اختلف في الراعي يخرج قبل المدة بغير عذر ولا ضرر يلحقه على قولين، المشهور إن له بحساب ما رعى قاله في نوازل مازونة. وقيل: لا يكون له شيء واختياره غير واحد. وكلام ابن أبي سلمون يفيد أنه المعتمد قال: لأنه ضيع ما كان يجب له بتركه تمام المعاملة، وبه قال فقيه فاس أبو ميمونة دراس، وهو الأوجه في القياس صح منه باختصار، فينبغي أن يعتمد ولا سيما مع اشتراط ذلك عليه حين العقد، وهذا كله مع التعيين فإن كان العمل في الذمة فهو في ماله ويستأجر

من تركته إن مات من يكمله وإن لم يكن وفاء خاص المستعمل غرماء وما ذكره من أنه لا بد من تعيين الأجر ومعرفة قدر هو المشهور، وروى ابن القاسم عن مالك: لا بأس باستعمال الخياطة المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر، فإذا فرغ أرضاه بشيء اه. عن ابن سراج أنه أفتى بجواز إعطاء السفينة بالجزء إذا اضطر لذلك، ومثله الجباح بجزء من عسله والزرع بجزء منه لمن يخدمه. وقال المواق عنه: إنه كان لا يفتي بفعله ابتداء ولا يشنع على من ارتكبه، ومذهب أحمد وجماعة من السلف جواز الإجارة بالجزء قياساً على القراض والمساقاة، وعليه يخرج عمل الناس في أجرة الدلال بربع عشر الثمن مثلاً لقلة الأمانة وكثرة الخيانة كما اعتذر به مالك في تأخير الكراء المضمون

انظر الشارح والمواق.

والقول للعامل حيث يختلف في شأنها

أي الإجارة (بعد الفراغ) من العمل يعني بأن طلب أجرة الصبغ أو الخياطة مثلاً وقال الآخر: لم أستصنعك وإنما كان الثوب عندك وديعة فالقول قول الأجير إنه استصنع (إن حلف) على ذلك، وكذا لو قال عملته لي باطلاً وقال الصانع بأجرة فالقول له أيضاً إن حلف (وإن جرى النزاع) أي وإن اختلفا (قبل العمل تحالفا والرد) لعقد الإجارة (بين جلي). ولو قدم هذا البيت على الذي قبله أو أخره عن الأبيات بعده لكان أولى لأنه عام في كل من الاختلافات ولا يدخل في شأنها اختلافهم في الصفة أو النوع أو القدر لذكره بعد قوله: (وإن يكن في صفة المصنوع) كقوله: أمرتني بصبغه أحمر وقال أصفر مثلاً (أو نوعه) كقوله أمرتني بخياطة عربية وقال بل رومية والمجروران متعلقان بقوله: (النزاع) وهو اسم يكن وخبره (ذا وقوع فالقول للصانع من بعد الحلف) وهذا إذا أشبه أشبه الآخر أولاً، فإن انفرد الآخر بالشبه فقوله بيمينه فإن لم يشبها فأجرة المثل (وذاك) أي كون القول للصانع مع حلفه وشبهه (في) اختلافهما في (مقدار أجرة عرف وإن يكن منه) أي الصانع (نكول) عن اليمين (حلفا رب المتاع) على ما قال (وله ما وصفا) من الأجرة (والقول قول صاحب المتاع في تنازع) بينه وبين الصانع (في الرد) للشيء المصنوع، فإن قال الصانع: رددت لك الثوب المصنوع بعد أن صنعته لك، وقال ربه هو باق عندك فالقول لربه (مع حلف) منه (ققفي) صفته أي حلف تابع أي اتبع شرعاً لدعواه لا بمجرد قوله، وسواء دفعت إليهم السلع ببينة أو بغير بينة قال مالك: وعليهم أن يقيموا البينة أنهم دفعوا السلع إلى أهلها وإلاَّ غرموا قبضوا ببينة أو لا. عملوها بأجرٍ أم لا. (و) إن اختلفا في دفع الأجرة ف(القول للأجير إن كان سأل) أي إن جاء (بالقرب من فراغه) كاليومين ونحوهما يطلب (أجر العمل) وقد دفع المصنوع لربه أو لم يحزه

أصلاً كبناء وإلاَّ فإن كان الشيء باقياً تحت يد الصانع فالقول له، وإن طال، وإنما يكون القول للأجير (بعد يمينه) أنه لم يقبض الأجرة (لمن يناكر) أي ينازعه في عدم القبض ومفهوم بالقرب هو قوله: (وبعد طول يحلف المستأجر) فإن ادعى الصانع تلف الشيء المصنوع أو غصبه منه و لم يأت ببينة ضمنه بشرطين إن نصب نفسه لتلك الصنعة كصباغ وخياط لسائر الناس وغاب عليها لا إن كان ببيت رب المصنوع أو بحضرته ويضمن قيمته فإن اختلفا فيها تواصفاه ثم قوم فإن اختلفا فالقول للصانع إن أشبه وحلف كما قال:

والوصف من مستهلك

بكسر اللام سماه بذلك لهلاك الشيء تحت يده ونكره ليشمل الصانع وغيره كالراهن والغاصب والمتعدي كما سيقول وكل من ضمن شيئاً الخ. (لما تلف في يده) أي الواصف (يقضي به) أي بذلك الوصف دون وصف الآخر (بعد الحلف) من المستهلك (وشرطه) أي وشرط قبول وصفه مع الحلف (إتيانه بمشبه) فإن أتى بما لا يشبه صدق الآخر إن أشبه وحلف فإن نكل المستهلك أو قال لا أدري صفته صدق الآخر كما قال الناظم: (وإن بجهل أو نكول ينتهي) المستهلك (فالقول قول خصمه) وهو رب الشيء (في وصفه مستهلكاً بمشبه) متعلق بوصفه (مع حلفه) يعني أن القول له إذا أشبه وحلف فإن لم يشبه فوسط من القيمة (وكل من ضمن شيئاً أتلفه) من مثلي أو مقوم (فهو مطالب به أن يخلفه) وسواء أتلفه عمداً أو خطأ (وفي ذوات المثل) معمول للخبر الذي هو يجب قدم على مبتدئه النكرة للتسويغ كقوله بها كلام قد يؤم، والتقدير: و (مثل يجب) في ذوات المثل (وقيمة في غيره) أي غير ما ذكر أو في غير المثلي المقوم من ذوات المثل وهو المقوم (تستوجب) أي يوجبها الشرع على المتلف والمثلي كل ما يوزن أو يكال كالذهب والفضة والحديد والصفر والنحاس والحنطة والشعير، وسائر المأكولات قاله عبد الوهاب والمقوم خلافه.

فصل في الجعل

الأصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير} (يوسف:72) وحديث الرقية وعرفه ابن عرفة بقوله: عقد معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه فخرج كراء السفن والرواحل الأرض والنكاح لأنها ليست على عمل آدمي والقراض والمساقاة والشركة في الحرث لجواز عدم الربح والغلة والزرع والإجارة لوجوب بعض العوض إذا ترك الأجير العمل قبل أن يتمه (الجعل عقد جائز لا يلزم) اعلم أن العقود بالنسبة إلى لزومها بالقول وعدم لزومها به على ثلاثة أقسام ما يلزم به اتفاقاً أو على الراجح وهو أربعة النكاح والبيع والكراء والمساقاة وما لا يلزم به وهو أربعة الجعل والقراض والتوكيل والتحكيم وما هو مختلف فيه وفي ذلك بقول ابن غازي:

أربعة بالقول عقدها فرا

بيع نكاح وسقاء وكرا

لا الجعل والقراض والتوكيل

والحكم بالفعل بها كفيل

لكن في الغراس والمزارعه

والشركات بينهم منازعه

وفرا: معناه قطع فقوله: عقد جائز أي محل لكل واحد من المتعاقدين فسخه ما لم يشرع في العمل فيلزم الجاعل وهو باذل العوض ويحكم عليه به، وهو المراد بقوله: (لكن به بعد الشروع يحكم) يعني على الجاعل فقط وأما العامل فله الترك

ولو بعد الشروع أو العمل الكثير ولا سبيل للحكم عليه بإلزام الإتمام لما أشار له القرافي من أنه قد يطلع بعد على بعد الماء أو مسافة الآبي مثلاً: (وليس يستحق مما يجعل شيئاً سوى إذا يتم العمل) يعني أن العمل لا يستحق من العوض المجاعل به شيئاً إلا إذا تم المجاعل عليه وكمل، لكن إن أكمله استحق العوض بتمامه، وإن أكمله غيره بعد إعراضه عنه كان له من الأجر بنسبة الثاني مثلاً لو جوعل على حمل خشبة إلى موضع معين بخمسة فتركها نصف الطريق فلا شيء له، فإن استأجر ربها على بقية المسافة بعشرة كان للأول عشرة أيضاً قاله مالك، ولابن القاسم: إنما يكون للأول قيمة عمله وهو الأظهر وقد بحث التونسي وابن يونس في المشهور. (كالحفر للبئر) في أرض لا يملكها الجاعل لا في ملكه لئلا ينتفع إذا لم يتم العمل. ابن المواز: لا يجوز الجعل في شيء إذا أراد المجعول له ترك العمل بعد أن شرع فبقي من عمله شيء ينتفع الجاعل به. أبو محمد: وهو أبين فرق بين الجعل والإجارة، وقيل لا يشترط ذلك وعليه مجاعلة الطبيب على البرء والمعلم على تعليم القرآن. (ورد الآبق) مثال ثان وهو ظاهر (ولا يحد بزمان لائق) أي لا يجوز في عمل الجعل أن يقدر بزمان كيوم أو عشرة مثلاً لكثرة الغرر لأنه قد ينقضي الزمان قبل تمام العمل فيذهب سعيه باطلاً وهذا ما لم يشترط الترك للعامل متى شاء.

تتمة: لا يجوز شرط النقد في الجعل، وإنما يصح من أهل الإجارة بعوض معلوم.

فصل في المساقاة

مفاعلة من السقي سميت به لأنه أعظم مؤنتها. ابن عرفة: هي عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل فيدخل قولها لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل اه. وهي مستثناة من المخابرة أي كراء الأرض بما يخرج منها. عياض: ولا تنعقد عند ابن القاسم إلا بلفظها (خ) بساقيتك سحنون بما يدل. (إن المساقاة على) القول (المختار لازمة بالعقد) وإن لم يشرع في العمل ومقابله أنها منحلة لكمل منهما الترك ما لم يعمل (في الأشجار) متعلق بالمساقاة أو بتجوز مقدرا (و) تجوز أيضاً في (الزرع) حال كونه (لم ييبس) أي لم يطب (وقد تحققا) كونه زرعاً بأن بذر وصار نباتاً (قيل مع العجز) أي بشرط العجز عن القيام به وهو المشهور وقوله مالك (وقيل مطلقاً) وهو لابن نافع (خ) أو كزرع وقصب ومقثاة إن عجز ربه وخيف موته وبذر ولم يبد صلاحه (وألحقوا المقاثي) جمع مقثاة كالبطيخ وما ألحق بها كالكتان والبصل (بالزرع) في الجواز بالشروط المذكورة (وما) كان (كالورد) والياسمين (والقطن) تجوز مساقاته (على ما قدما) من الخلاف في الزرع هل بشرط العجز أو لا؟ إلا أن المعتمد في الورد والياسمين لا يشترط العجز، وحكى ابن رشد على ذلك الاتفاق، والراجح في القطن أنه كالزرع وفي المدونة قال مالك: ولا بأس بمساقاة كالورد والياسمين والقطن قال ابن المواز: وإن لم يعجز عن ذلك ربه قال ابن يونس: لأن القطن عندهم شجر تجنى سنين فهو كالأصول الثابتة، وأما ببلدنا فلا تجوز مساقاته إلا أن يعجز عنه ربه لأن أصله غير ثابت (وامتنعت) المساقاة (في مختلف الإطعام كشجر الموز) وكالقضب والقرط لأنه بطن بعد بطن وجذة بعد جذة كما في الجواهر (على

الدوام) متعلق بمختلف الإطعام، ولا بأس بشراء الموز إذا حل بيعه وشرط بطناً أو شهراً مثلاً (خ): ووجب ضرب الأجل إن استمر كالموز (و) امتنعت في (ما يحل بيعه من الثمر) لطيبه ودفعه حينئذ لمن يجنيه ويخدمه بالنصف
مثلاً إجارة بمعلوم جائزة لا مساقاة قاله سحنون، وفي الموطأ مساقاة ما حل بيعه كالإجارة (و) امتنعت في (غير ما يطعم) من أول السنة (من أجل الصغر) كالودي وهي صغار النخل إلى أن تكون الثلث فدون مما يطعم (خ) إنما تصح مساقاة شجر وإن بعلاً ذي ثمر لم يحل بيعه ولم يخلف إلا تبعاً (وفي مغيب في الأرض كالجزر) واللفت والفجل (
و) في (قصب السكر) ونحوه (خلف معتبر) قال ابن يونس، قال ابن نافع في كتاب ابن سحنون: المساقاة في الزرع والجزر والبطيخ والأصول المغيبة جائزة عجز عنه صاحبه أو لم يعجز. وقال مالك في كتاب ابن المواز: لا يساقي شيء من البقل وإن عجز عنه ربه ابن المواز: وكذلك اللفت والأصول المغيبة التي لا تدخر فهي كالبقل، وقال أيضاً: اختلف في قصب الحلو قيل تجوز أي مساقاته وقيل لا. (وإن بياض) أي محل خال من الغرس سمي بياضاً لأن أرضه مشرقة بالشمس نهاراً وبالقمر ليلاً وهو فاعل بفعل محذوف يفسره (قل) و (ما) صلة (بين الشجر) حال (وربه يلغيه) للعامل جملة حالية (فهو مغتفر) له أي يجوز إلغاء البياض للعامل فيختص بفائدة. قال في المدونة: وهو أحله، ويقال أحل لما كان دليله أحل أو كثرت دلائله وغيره حلال قاله المازوي، في تعليقه عليها. (وجاز أن يعمل ذاك العامل) في الشجر في البياض أيضاً ويكون الخارج بينهما (لكن) بشرط أن يكون عمله (بجزء جزاها) أي المساقاة (يماثل) كالربع والنصف فيهما فلو كان على الربع في الغلة والنصف في البياض كما يفعله كثير لم يجز عند ابن القاسم، وكرهه أصبغ، ورجع إلى الجواز و (بشرط أن يكون ما يزدرع) في البياض (من عنده) أي العامل لا من رب الحائط أو منهما (وجزء الأرض) الإضافة بيانية أي الأرض التي هي البياض (تبع) بأن تكون قيمة كرائه كعشرة الثلث من جميع الكراء وقيمة الثمرة على المعتاد منها بعد إسقاط كلفتها، فإذا كان الباقي من قيمتها في المثال عشرين جاز، وإن
كان أقل لم يجز، وهذا ثالث الشروط قصد به تفسير القلة من قوله: وإن بياض قل (خ): وكبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذر العامل وكان ثلثاً بإسقاط كلفة الثمرة (وحيثما اشترط رب الأرض فائدة) أي البياض لنفسه مع أنه يناله سقي العامل، وهذا كله إذا كان بين الأشجار يناله سقي العامل، فإن كان بعلاً أو على حدة (فالفسخ أمر مقضى) به فإن سكتا عنه صح العقد وكان للعامل إن قل كما لو اشترطه فإن كثر كان لرب الأرض وكان اشتراطه مفسداً (ولا تصح) المساقاة (مع كراء) كما في ابن يونس لأنهما من العقود التي لا يجتمع اثنان منها في عقد كما تقدم في صدر البيوع للغرر (لا) توكيد (ولا) مع (شرط البياض) أي اليسير فاللام للعهد (لسوى من عملا) وهو رب الحائط أو الأجنبي، وأما شرطه للعامل فجائز وهو أصله كما مر (ولا) تصح مع (اشتراط عمل كثير يبقى له) أي لرب الأرض (كمثل حفر بير) أو عين أو بناء حائط أو بيت أو ما أشبه ذلك، ومفهوم كثير أن العمل القليل جائز وهو عليه اشترط أو لم يشترط مثل: شد الحظيرة بالظاء المشالة أي الزرب أو ثقبة فيه أو في الحائط فعلى العامل سدها وغلقها، والسد روي بالمهملة والمعجمة، وإصلاح ضفيرة بالضاد الساقطة وهي عيدان تضفر، وتطين يجتمع فيها الماء كالصهريج قال القاضي عبد الوهاب: ما لا يتعلق بالثمرة لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه وما يتعلق بها إن كان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهو جائز مثل التذكير والتقليم والسقي وإصلاح مواضعه وجف الماء والجذاذ، فهذا وشبهه لازم وعليه أخذ العوض، وإن كان يبقى بعد انقطاعها وينتفع به ربها كحفر بئر وبناء بيت، فهذا لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه

عليه لأنه زيادة ينفرد بها رب الحائط والمساقاة رخصة لا تتعدى محلها. (ولا) تصح مع اشتراط (اختصاصه) أي رب الحائط أو العامل (بكيل) كوسق لي والباقي بيننا (أو عدد) كألف رمانة أو مائة بطيخة والباقي بيننا (أو) شرط (نخلة يختص

بثمرها (مما) أي من النخل الذي (عليه قد عقد) وأحرى من غيره (وهي) أي المساقاة (بشطر) وفي الحديث أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر الثمرة على أن يكفوه المؤنة (أو بما قد اتفق) بالبناء للمجهول ونائبه (به) أي عليه من زيادة ولو جميع الثمرة أو نقص كربع أو ثمن بحسب الأحوال والأعمال فقد تكثر الغلة ويقل العمل وقد يعكس وقد يكون الرخاء والعكس (وحد أمد لها يحق) يعني أن تحديد المساقاة بزمن تنتهي إليه من سنة أو أكثر حق، وظاهره الوجوب ونحوه قول ابن الحاجب ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجذاذ وإن أطلق حمل عليه فقال ابن عبد السلام: اشتراط الأجل مع الحكم بصحة المساقاة المطلقة بعيد اه. والذي في المدونة والشأن في المساقاة إلى الجذاذ ولا يجوز شهراً ولا سنة وهي إلى الجذاذ إن لم يؤجلا اه. فليس تحديد الزمان بشرط في الصحة، وإنما الشرط أن لا يدخلا على الجهل، وإذا أقتت بالسنة فإن أريد بها الجذاذ أو أطلق وحلت عليه صحت، وإن أريد بها اثنا عشر أو مع الجذة فسدت قاله الأجهوري.

(والدفع للزكاة) في الثمرة التي تجب فيها كالثمر والعنب والزيتون على المذهب (إن) سكتا عنه و (لم يشترط) فهو (بينهما بنسبة الجزء فقط) لا أزيد ولا أنقص لأنها تؤخذ من رأس المال ثم يقتسمان على ما شرطا فمن كان له ربع الغلة فقد أعطى عشر الربع، ومن كان له ثلاثة أرباعها فقط أعطى عشر الثلاثة الأرباع فإن اشترط على أحدهما كان عليه وحده. قال في المدونة: ولا بأس بذلك لأنه يرجع إلى جزء معلوم، فإذا اشترطها مع المناصفة على العامل فكأنه قيل له لك أربعة أجزاء ولي خمسة واحد للزكاة (خ): وهو للمشترط وإن لم تجب اللخمي، وقول مالك إن المساقاة مزكاة على رب الحائط يجب ضمها لماله من ثمر غيرها ويزكى جميعها، ولو كان العامل ممن لا تجب عليه وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه اه.

و

عامل في المساقاة (عاجز من حظه) متعلق بقوله (يكمل بالبيع مع بدو الصلاح) في الثمرة (العمل) نائب فاعل يكمل، والمعنى أن العامل إذا عجز عن تمام العمل وكان ذلك بعد بدو الصلاح يباع حظه من الثمرة ويكمل منه العمل، فإن كان فضل فله وإن كان نقص فعليه. (وحيث لم يبد) الصلاح وقد عجز (ولا يوجد من ينوب في ذاك مناب مؤتمن) وهو العامل (فعامل يلغى له ما أنفقا) على الثمرة وما خدم فيها فإن أراد أن يساقي غيره فله ذلك عجز أو لم يعجز لأن العمل في الذمة، ويجوز أن يدفعه لأمين ولو دونه في الأمانة، فإن لم يجد من يأخذه منه إلا بمثل الجزء الأول كان لرب المال أن يسلم ذلك أو يأخذه لنفسه قاله اللخمي. (وقول) رب المال للعامل قبل بدو الصلاح (خذ ما ناب)ك في الثمرة (واخرج) عني (متقى) أي: ممنوع لأنه بيع للثمرة قبل بدو صلاحها ولو ساقاه لثلاث سنين مثلاً لم يكن لأحدهما الخروج قبلها إلا برضا الآخر لأنها من العقود اللازمة.

فصل في الاغتراس

ابن عرفة: المغارسة جعل وإجارة وذات شركة الرصاع هي عقد على تعمير أرض بشجر بقدر معلوم كالإجارة أو كالجعالة أو بجزء من الأصل قال: و لم يحدها. ابن عرفة: وما زلت أستشكل عدم رسمه لها و لم يظهر قوة جواب عنه اه. قلت: لما ذكر أنها راجعة للأبواب الثلاثة وقد رسمها استغنى بذلك عن رسمها.

الاغتراس

أي العقد على غرس الأرض شجراً (جائز لمن فعل) أي لمن أراد فعل ذلك سواء كان (ممن له البقعة) أي الأرض (أو له العمل) وهو الغارس والجواز بشروط تقييد عمل الغارس بحد فلذلك قال: (والحد في خدمته) أي الغارس والشجر المفهوم من المقام على أنه من إضافة المصدر إلى فاعله أو إلى مفعوله (أن يطعما) هو أي الشجر (ويقع القسم) فيأخذ كل نصيبه ولهما البقاء على الشركة مشاعة ومنها أن تكون (بجزء علما) كنصف أو ربع وهو متعلق بقوله: جائز وظاهر قوله: والحد في خدمته أن يطعما. أن التحديد بالإطعام واجب وأنه لا يجوز بما دونه وليس كذلك، بل التحديد بالإطعام مختلف فيه لاختلاف حاله قال (س) اعلم أن المغارسة لا تجوز إلا بخمسة شروط الأول: أن يحدد الشجر بقدر معلوم كقامة أو نصفها مثلاً أو شباب معروف عند الناس والثاني: أن يكون الجزء المشترط معلوماً كنصف أو ثلث أو غير ذلك مما اتفقا عليه الثالث: أن يكون الشرط في الأرض والشجر معاً. والرابع: أن تكون المغارسة فيما له أصل من شجر أو نخل أو نحو ذلك كقطن يمكث في الأرض عدد سنين ولا تصح في بقل وزرع وكقطن يزرع كل سنة. الخامس: أن يكون التحديد بقدر مبلغ من الشجر كطول قامة أو غيرها دون توقيت بإطعام الشجر وتفسد إن كان فوق الإطعام اتفاقاً كما تفسد إن شرطا المغارسة في الشجر دون الأرض أو بالعكس باتفاق أو حده بالسنين على الخلاف، أو سكتا من غير تحديد على الخلاف أو حددا إلى الإطعام على الخلاف، لكن ذكر مالك في التحديد بالإطعام الجواز ونحوه في الموازية. زاد في سماع حسين وهو المشهور. ابن حبيب: ويكون حدها الإثمار، وقيل: لا يجوز لأنه لا يدري متى يثمر اه. من تأليف الشيخ على السنهوري شيخ التتائي في المغارسة نحو الأربع ورقات، ولا يخفاك ما في قوله الخامس مع الأول من التكرار، وانظر ابن عرفة فقد بسط القول فيها: ولا تجوز في أنواع من الثمر إلا أن يكون أمد إطعامها واحداً أو متقارباً وإلا

فسدت. (وليس للعامل مما عملا) أي من عمله (شيء إلى) أن يصل إلى (ما جعلاه أجلا) أي حداً من الإطعام أو غيره، ولذا منع ابن الحاج بيعه حينئذ، فإذا بلغ الحد المشترط وجب له حظه، فلو احترق الغرس أو أصابته آفة بعد أن كبر كان له نصيبه من الأرض، ولو كان في الأرض ثمرة قبل المغارسة فهي لرب الأرض، ولا يجوز شرط دخولها ما ينبت فيها أثناء المغارسة ولو لم يغرسه الغارس فبينهما، فإن كان الحد الإطعام وأطعم الشجر كله أو أكثر سقط العمل عن العامل وكان له أن يقسم وإن طعم الأقل فإن كان إلى ناحية سقط العمل فيه وعمل في غيره وإن كان مختلطاً عمل في الجميع.

وشرط بقيا

أي بقاء (غير موضع الشجر) من الأرض (لرب الأرض سائغ) أي جائز (إذا صدر) منه فيجب أن يوفي له به (وشرط ما يثقل) أي يكثر العمل فيه (كالجدار) يبنيه العامل حول الأرض (ممتنع) للغرر لأن الغرس قد لا يتم أو يهلك قبل بلوغ الحد المشترط فترجع الأرض لربها بما فيها، وقد خاب العامل في عمله الكثير قاله المتيطي (والعكس) وهو شرط ما يخف (أمر جاري) (وجاز) عقد المغارسة على (أن يعطي) الغارس (بكل شجرة تنبت منه) أي الغرس وتصل حداً معيناً (حصة مقدرة) كدينار أو درهم مفعول ثان ليعطى. ابن عرفة: سمع ابن القاسم من قاضى رجلاً على غرس نخل بأرضه على أن له في كل نخلة تنبت جعلاً مسمى وأن لم تنبت فلا شيء له وله الترك متى شاء، فلا بأس به إن شرط للنخل قدراً يعرف أربع سفعات، أو خمساً اه.

فرع: فلو أراد العامل بيع نصيبه قبل الحد المتفق عليه من رب الأرض أو غيره ممن يقوم على الغرس إلى تمامه بذلك الجزء، فمنعه ابن الحاج، وأجازه ابن رشد.

فصل في المزارعة

ابن عرفة هي الشركة في الحرث وشرطها كما في الجواهر أمران: السلامة من كراء الأرض بممنوع ومن الدخول على التفاوت، ومن غبر بالتساوي فمراده أن يأخذ بمقدار ما أخرج لا أنها لا تجوز إلا على المناصفة.

ولها عشر صور خمسة جائزة وخمسة ممنوعة فمن الجائزة ما أشار له الناظم بقوله: (إن عمل العامل في المزارعة والأرض من ثان فلا ممانعة) أي: إن اشتركا على أن العمل أي الحرث على أحدهما والأرض على الآخر جازت بلا منع (إن أخرجا) معاً (البذر على نسبة ما قد جعلاه جزءاً) بضم الزاي لغة في الجزء (بينهما. كالنصف أو كنصفه) وهو الربع (أو السدس) فإذا دخلا على المناصفة وأخرج كل واحد منهما نصف الزريعة صحت وإن أخرج أحدهما ثلثي البذر فإن كان هو صاحب الأرض جازت أيضاً للسلامة من كراء الأرض بممنوع، لأن ما زاده من سدس البذر هو في مقابلة العمل، وإن كان مخرج الثلثين هو صاحب العمل فسدت لأن ما زاد من السدس هو في مقابلة الأرض، ففي المفهوم تفصيل وهذه ثلاث صور. (والعمل اليوم) يعني في زمانه (به) أي بهذا الوجه (في) جزيرة (الأندلس) وسميت جزيرة لأن البحر محيط بها من جهات إلا الجهة الشمالية وهي مثلثة الشكل، وأول من عمرها بعد الطوفان أندلس بن يافث بن نوح عليه السلام فسميت به وكانت للنصارى، ثم أخذها المسلمون وأسلم بعض أولئك النصارى وسكنوها مع المسلمين (والتزمت) أي شرعاً ولو قال: ولزمت (بالعقد كالإجاره)، وهذا قول سحنون وابن كنانة وابن الماجشون وابن القاسم في كتاب سحنون. (وقيل بل بالبدء للعمارة) وهذا قول ابن القاسم في المدونة وعليه اقتصر (خ) فقال: لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر وهو المشهور، ومعناه أنه تلزمهما فيما بذرا من قليل أو كثير فأن أبى أحدهما من إتمام ما دخلا عليه

أولاً لم يلزمه ذلك. قال ابن رشد: (والدرس) للزرع (والنقلة) أي من الفدان (مهما اشترطا مع عمل) أي مع الحرث لأنه المراد بالعمل هنا (كان) ذلك (على ما شرطا)، وهذا على ما

قاله ابن القاسم فيما رواه حسين بن عاصم عنه، وقال سحنون: العمل المذكور في المزارعة هو الحرث، وأما الحصاد والدراس فمجهول ولا يجوز اشتراطه (والشرط) أي اشتراط رب الأرض على العامل إذا دخل والأرض معمورة أي محروثة (أن يخرج عن معمور مثل الذي ألفي) بأن يقلبها بعد فراغه منها (من

المحظور) أي الممنوع خبر عن قوله: والشرط فإن دخلا على ذلك فسخ العقد (وليس للشركة معه) أي مع الشرط المذكور (من بقا) بل يجب فسخها. وهذا قبل العمل فإن فاتت بالعمل فقال ابن سلمون: تقوم الأرض بتلك العمارة ويقوم عمل العامل فما فضل من قيمة كراء الأرض بتلك العمارة على قيمة عمل العامل أو من قيمة عمل العامل على كراء الأرض أخذه منه صاحب الزيادة. (وبيعه) أي القليب (منه) أي العامل (يسوغ مطلقاً) بنقد أو مؤجل قاله ابن سلمون. (وحيث لا بيع) للعمارة (وعامل زرع) في القليب من غير تعرض لبيع ولا لغيره (فغرمه) أي العامل (القيمة فيه) متعلق بقوله: (ما امتنع) فقدم معمول الفصل المنفي بما عليها وفيه خلاف أي: ما يمتنع من غرمه القيمة ولا محيد له عنه والعقد صحيح (وحق رب الأرض) هذا سبق قلم كما قال الشارح وصوابه: وحق العامل (فيما قد عمر باق إذا لم ينبت الذي بذر) أي: إذا قلب العامل الأرض وزرعها و لم ينبت زرعه فحقه باق في العمارة فله أن يزرعها ثانياً أو يبيعها ممن شاء بخلاف ما إذا نبت الزرع ثم يبس وهو قوله: (بعكس ما كان له) من الزرع (نبات و لم يكن بعد) أي بعد النبات (له ثبات) أي بقاء فلا حق للعامل (وجاز) للمتزارعين (في البذر اشتراك والبقر) عطف على البذر (إن كان من ناحية) أي من أحدهما فقط (ما يعتمر) وهو الأرض وهذا صادق بصورتين إحداهما: أن يكون العمل على أحدهما والأرض من عند الآخر، وقد اشتركا في البذر والبقر ولا شك في جوازها، وأحرى منها إذا تساويا في الجميع بأن اشتركا في الأرض أيضاً، والثانية: أن

يشتركا في البذر والبقر وفي العمل أيضاً والأرض من عند أحدهما، وهذه مقيدة بما إذا كانت الأرض رخيصة لما مّر أن من شرطها عدم التفاوت. قال ابن عبدوس: إنما أجاز مالك أن تلفق الأرض التي لا خطب لها وهذه ثلاث أخرى.

(والزرع للزارع) وحده (في أشياء ورب الأرض يأخذ الكراء) ولا حظ له في الزرع وذلك (كمثل ما في الغصب) يزرع الغاصب الأرض ثم يقوم عليه وبها بعد فوات أبان ما تراد له فعليه الكراء لرب الأرض وليس له قلع الزرع ولا أخذه.

(و) ما في (الطلاق) من الزوج متعته الزوجة بأرضها فطلقها بعد أن زرع الأرض فالزرع له، وفي الكراء الخلاف

والتفصيل المتقدم (وموت زوجين) متع أحدهما الآخر على ما مر (والاستحقاق) أي من زرع أرضاً بشبهة شراء أو إرث ثم استحقت منه قبل فوات الإبان فله الزرع وعليه الكراء (والخلف فيه ههنا) أي في باب المزارعة (إن وقعا ما الشرع مقتض له أن يمنعا) فإن انعقدت فاسدة على أقوال. (قيل) الزرع (لذي البذر) أي مخرجه وهو رواية ابن القاسم (أو الحراثة) أي: وقيل لصاحب العمل وهو قول أشهب (أو) أي وقيل ل (محرز لاثنين من ثلاثة) وهو قول ابن القاسم،

واختاره ابن المواق ثم فسر الثلاثة بقوله: (الأرض والبذر والاعتمار) أي الحرث فيكون لمن له الأرض مع البذر أو الأرض مع الاعتمار أو البذر مع الاعتمار. قال في الجواهر: ولو كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد منهم اثنان كالمثال كان الزرع بينهم أثلاثاً، ولو اجتمع لأحدهم اثنان دون صاحبيه كان الزرع له دونهما. (وفيه أيضاً) أي الزرع (غير ذاك) أي غير ما

ذكر من الأقوال الثلاثة (جار) فقد قيل إنه من اجتمع له اثنان من ثلاثة وهي الأرض والاعتمار والبقر، وقيل: لمن اجتمع له اثنان من أربعة الأرض والعمل والبذر والبقر ويجمع بينهما. وقال ابن حبيب: إن سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها فالزرع بينهما على ما شرطوا ويترادون الزائد، وإن لم تسلم فالزرع لصاحب البذور وإلى الأقوال الستة رمز ابن غازي بقوله: الزرع للعامل أو للباذر. أي: صاحب البذر في فاسد وفي سوى المخابر، والمخابر هو مكري الأرض بما يخرج منها مشيراً للقول السادس أو من له حرفان من إحدى الكلم عاب وعاث ثاعب لمن فهم العين للعمل والألف للأرض والباء للبذر والثاء للثيران، ولم يأت بالباء للبقر لئلا يلتبس بباء البذر (و) إذا ادعى الزارع الاكتراء ورب الأرض الاشتراك أو العكس فالقول (قول مدع لعقد الاكترا لا) قول مدع (الازدراع) لأن الشركة خلاف الأصل (مع يمين أثرا) أي: روى. رواه حسين بن عاصم عن ابن القاسم (وحيث زراع ورب الأرض قد تداعيا) أي اختلفت دعواهما (في وصف حرث) كأن قال رب الأرض: دخلنا على أن تحرثها مرتين، وقال العامل: بل مرة واحدة (يعتمد) يقتصد صفة للحرث وهو تتميم (فالقول للعامل) مع يمينه وهو قوله (واليمين) أي عليه (وقلبها إن شاء) أن يقلبها (مستبين) أي ظاهر لا لبس فيه.

فصل في الشركة

بوزن نعمة ونبقة والأصل فيها من الكتاب
قوله تعالى: فابعثوا أحدكم بورقكم هذه} (الكهف:19) وفي الأبدان واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسه} (الأنفال:41) الآية صح من المفيد وقسمها ابن عرفة إلى أعمية وأخصية فقال: الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط، والأخصية بيع مالك كل بعض ماله ببعض مال الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع فيدخل في الأولى شركة الإرث والغنيمة لا شركة التجر، وهما في الثانية على العكس وشركة الأبدان والحرث باعتبار العمل في الثانية وباعتبار عوضه في الأولى اه. وفي قوله: لا شركة التجر نظر. كيف ومن شأن الأعم أن يصدق على أخصه، وقد اعترف بذلك في الحرث والأبدان والشركة ستة أقسام: شركة قراض وتأتي في الفصل بعد ورب المال فيها واحد، وشركة مفاوضة وهي أن يطلق كل واحد منهما التصرف لصاحبه، وشركة عنان وهي أن لا يتصرف إلا بعد مشاورة صاحبه، وشركة العمل، وشركة الذمم، وشركة الوجوه وهي بيع الوجيه من التجار مال خامل بجزء من ربحه وهي ممنوعة أيضاً كشركة الذمم، ومن قال هي شركة الذمم يجعل السادس شركة الجبر وجعل المصنف الأقسام أربعة فقال:

شركة في مال أو في عمل أو فيهما

معاً (تجوز) خبر عن شركة وفي مال متعلق به وهو المسوغ (لا لأجل) حال من فاعل تجوز قال في المتيطية: والشركة لا تكون إلى أجل ولكل واحد منهما أن يتخلى عن صاحبه ويقاسمه فيما بين أيديهما من ناض وعروض متى شاء اه.v

(وفسخت) أي الشركة (إن وقعت على الذمم) جمع ذمة وتقدم شرحها في النظم وذلك بأن يشتريا بلا مال أصلاً. قال المتيطي: أو بمال قليل ويتفقا على أن كل ما اشتراه كل واحد منهما فهو بينهما وضمانه منهما، فإن وقع ذلك فحكمها الفسخ كما قال: (ويقسمان الربح) إن كان أو الخسارة بينهما (حكم ملتزم) لها فلو اشتريا شيئاً معيناً على السوية وتضامنا فيه جاز (خ): إلا في اشتراء شيء بينهما أو بيعه كقرضهما على الأصح.

وإن يكن في العين ذاك

الاشتراك فهو اسم يكن وفي العين متعلق (باعتمدا) أي: وإن يكن ذلك الاشتراك وفي نسخة معتمداً أي مقصوداً إليه وواقعاً في العين (تجز) الشركة (إن الجنس) من الذهب أو الفضة (هناك اتحدا) وفي نسخة: وإن تكن بالفوقية أي الشركة ذاك أي عقدها اعتمد في العين جازت إذا كان جنس العين واحداً من الجهتين لا بذهب من جهة وفضة من أخرى، لأنه شركة وصرف، والشركة لا يجوز اجتماعها مع البيع فكيف مع الصرف؟ وأجاز ذلك أشهب وسحنون وقالا: إنما يمنع الصرف معها إذا كان خارجاً عن ذاتها لا في نفسها، ورجحه جماعة بجوازها بذهب وفضة من كل جهة. قال ابن عبد السلام: لا أعلم فيه خلافاً (وبالطعام جاز) هو أي الاشتراك (حيث اتفقا) أي الطعامان أو الألف للإطلاق، والمراد اتفق الطعام من الجانبين جنساً وصفة، وهو قول ابن القاسم قياساً منه على جوازها بذهبين (وهو) أي الاشتراك (لمالك بذاك) الطعام المتفق (متقى) أي ممنوع لما فيه من بيع الطعام قبل قبضه لبقاء يد كل واحد على ما باع إلى أن يبيعاه قاله عبد الحق، وتعقبه أبو الحسن باقتضائه المنع في الشركة بطعام من أحدهما وعين أو عرض من الآخر، وقد نص في المدونة على جوازها (خ): لا بذهب وبورق وبطعامين ولو اتفقا (وجاز) الاشتراك (بالعرض إذا ما قوما) حال كونه (من جهة) ويقابله من الأخرى عين أو طعام (أو) بالعرض من (جهتين) وكل معتبر بالقيمة يوم أحضر لآفات إن صحت (فاعلما) تتميم (كذا طعام جهة لا يمتنع وعين) من الأخرى (أو عرض لدى الأخرى) متعلق بقوله (وضع) وهو صفة أي كذا طعام من جهة وعرض لدى الأخرى وفي هذه تكرار مع قوله: وجاز بالعرض من جهة (والمال خلطه ووضعه) الواو بمعنى أو وكأنه أراد بالخلط الحسي لا يتميزان بعده والمعنى أن المال المخرج من الشريكين يجب خلطه حساً بحيث لا يتميز كالذهبين أو وضعه (بيد واحد) منهما أو واحد غيرهما (أو في

الاشتراك) بأن يجعل المالان في بيت وبيد كل واحد مفتاح له ومال كل واحد متميز وهو الخلط الحكمي، وقوله (معتمد) خبر، ويعني أن الخلط حسياً أو حكماً معتمد شرطاً أو معتبر لا بد منه يعني في حصول الضمان، فلو تلفت صرة أحدهما قبله فمن ربها ولو تلفت بعده ولو بوضعها في بيت فمنهما. قاله في المدونة، ولا يريد أنه شرط في الصحة، وإن نسبه الشارح للجمهور ولا في الانعقاد لأن قول ابن القاسم في المدونة أنها تنعقد بالقول فيلزم البيع، ثم لكل أن ينحل ويقسم مع صاحبه متى شاء (خ): ولزمت بما يدل عرفاً كاشتركنا، ثم ذكر ما هو شرط في الضمان فقال: إن خلطا ولو حكماً وإلا فالتالف من ربه وليس هو شرطاً في قوله: صحت.

وحيثما يشتركان في العمل فشرطه اتحاد شغل

كأن يكونان نجارين أو خياطين لا أن كان أحدهما نجاراً والآخر خياطاً أو صباغاً لأنه قد تكسد صنعة أحدهما فيأخذ مال صاحبه بغير حق ومثل الاتحاد أو منه إذا كان أحدهما ينسج، والآخر يدور أو يحول، أو كان أحدهما يغوص لطلب اللؤلؤ والآخر يقذف أو يمسك عليه (و) شرطه أيضاً اتحاد (محل) فلو كانا بمحلين مختلفين لم تجز إذ قد يكسد أحد السوقين. ومن الشروط أيضاً أن يتساويا في العمل بأن يأخذ كل واحد منهما على قدر قيمة عمله كنساج بالثلثين وقائم عليه بالثلث مثلاً (خ): وجازت بالعمل أن اتحدا وتلازما وتساويا فيه أو تقاربا وحصل التعاون ولو بمكانين، فالحمالان إن كان يتعاونان في الحمل جازت شركتهما وإلاَّ فلا. قال البرزلي: سئل ابن عرفة عن حمالين اشتركا في أجرة ما يحملانه، فحلف أحدهما لا يحمل لفلان فحمل له صاحبه وحمل هو لغيره، واقتسما الأجرة. فأجاب: الشركة فاسدة ولا حنث عليه اه. وإذا غاب أحد الشريكين أو مرض وعمل الآخر وحده، فإن قرب ذلك كاليومين والثلاثة ألغي وقاسم العامل في أجرة ما عمله، وإن كثر اختص بأجرة عمله وقاسمه الفائد، فإذا أخذ الثوب بعشرة قيل ما قيمة عمله فيه أو بما يدفعه للصانع، فإذا قيل ستة اختص بها الحاضر وقاسم الغائب الأربعة، وإلى هذا منطوقاً ومفهوماً أشار بقوله: (وحاضر يأخذ فائداً عرض في غيبة فوق الثلاث أو مرض). فأراد الناظم بالفائد أجرة العمل وإنه يختص بها الحاضر ويشارك الغائب في الزائد، ولا يخفى ما في ذلك من البعد، ولو أطلق الفائد على الزائد وقال مثلاً: وحاضر يقسم فائداً عرض، لكان أولى وهل تلغى اليومان والثلاثة من الكثيرة تردد. (ومن له) من الشريكين في التجارة (تحرف) أي صنعة (إن عمله في غير وقت تجره) كليل أو زمان لا يشتغلان فيه بالتجارة ف(الفائد) أي ما حصل من الأجرة (له) يستبد به قاله ابن رشد في نوازله، والظاهر أن شريكي العمل كذلك.

فصل في القراض

ابن عرفة: هو تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجازة وقريب منه قول الناظم: (إعطاء مال) عين وهو مفعول ثان لإعطاء والأول (من به يتاجر) يتجر (ليستفيد) من ربحه (دافع وتاجر مما يفاد فيه) أي يربح والمجرور متعلق بيستفيد و (جزءاً) مفعوله (يعلم) صفة أي يعين ابتداء كنصف الربح أو ثلثه للعامل مثلاً فإن دخلا على الإبهام أو قال لك شرك ففاسد فيه أجرة المثل ولا بد أيضاً من تعيين قدر رأس المال (هو القراض) الجملة خبر عن قوله إعطاء (وبفعل) وهو إنفاق المال أو السفر به (يلزم) لا قبل ذلك (خ): ولكل فسخه قبل عمله وإن تزود لسفر إن لم يظعن (والنقد) أي الذهب أو الفضة من شرطه مضروباً أو تبراً تعومل به فقط وإلاَّ مضى بالعمل ولا يفسخ ويفسد بالعروض، (والحضور) أي كون رأس المال حاضراً حين العقد من شروطه فإن كان ديناً في الذمة أو على غائب لم يجز (والتعيين) لعدده أو وزنه حيث التعامل به (من شرطه) واحترز به من الجزاف (ويمنع التضمين) في القراض أي: لا يجوز أن يشترط على العامل ضمان رأس المال إذا تلف أو خسر لأنه على الأمانة ولا ضمان عليه، وله قراض المثل، فإن تطوع به فأجازه ابن عتاب

ومنعه ابن سهل، وفي العتبية ما يدل لهما قاله المشذالي انظر الحطاب (ولا يسوغ جعله) أي القراض (إلى أجل) كشهر أو سنة لأن الأجل مناف لوصفه (وفسخه) أي الفاسد (مستوجب) بفتح الجيم (إذا نزل ولا يجوز شرط شيء ينفرد) بالبناء للمجهول لعمومه وسلامته من سناد التوجيه (به) نائب الفاعل (من الربح وإن يقع يرد) كما مر في المساقاة وحاصل الأبيات الثلاث أن الشروط ثلاثة، والموانع ثلاثة، والشرط ما يطلب وجوده والمانع ما يطلب عدمه.

والقول قول عامل

بيمينه (أن يختلف) بالبناء للنائب (في جزء القراض) بأن قال: هو عندي بالنصف، وقال الآخر: بالثلث يعني وكان اختلافهما بعد العمل والمال بيده أو وديعة وأشبه أشبه الآخر أو لا. ولربه إن ادعى الأشبه فقط وفي جزء قبل العمل مطلقاً (أو) اختلف (حال التلف) أي وصفه بأن ادعاه العامل ونفاه رب المال (كذاك) القول للعامل (في ادعائه الخسارة) إلا أن يظهر كذبه فيهما. وقال اللخمي: يقبل قوله في الخسران إن أتى بما يشبه ويعرف بسؤال التجار في بلد السلعة في تلك المدة. (و) القول للعامل أيضاً في (كونه) أي المال (قراضاً) وقال ربه: لكثرة ربحه بضاعة بأجر (أو) قال (إجارة) لفقد الربح، وقال ربه: قراض والمسألة مقيدة بما إذا أشبه ما قال وحلف وكان التنازع بعد العمل.
تنبيه: والقول للعامل أيضاً في رده إن قبض بلا بينة.

وليس للعامل في غير السفر نفقة

أي إذا كان يتجر في بلده أو في بلدة بنى بها بزوجة فليس له أن ينفق من مال القراض على نفسه، فإن سافر فله ذلك ولا يجوز شرط تركه أي الإنفاق. (والترك شرط لا يقر) لعدم جوازه قاله مالك، ولا بد من تقييد الإنفاق بما إذا كان المال كثيراً يحمل الإنفاق وأن يكون بالمعروف وأن لا يسافر لأهل أو قربة (خ): وأنفق إن سافر ولم يبن بزوجة واحتمل المال لغير أهله وحج وغزو بالمعروف في المال بمعنى: أن النفقة يجب أن تكون في مال القراض، فلو أنفق العامل من غيره ثم تلف المال أو زادت عليه النفقة لم يتبع رب المال بشيء واكتسى إن بعد، ووزع أن خرج لحاجة وإن بعد أن اكترى للقراض وتزود. (وعندما مات) العامل (ولا أمين في وراثه) يقوم مقامه ويعمل عمله (ولا أتوا بالخلف) أي بأمين كالأول (رد إلى صاحبه المال) وسلموه هدراً (ولا شيء من الربح لمن قد عملا) ولم يتم عمله فلا شيء للورثة بما عمله موروثهم، ومفهومه أنهم لو أتوا بأمين أو كان فيهم أمين، فله أن يكمله ويستحق ما كان لموروثه من الربح فإن ادعى الأمانة ولم يسلمها له رب المال فقال الشارح: لم أقف فيها على شيء، والظاهر إجراء الناس على عدم الأمانة حتى يثبتوها، وإنما قلنا هذا لأن مالكاً حمل من يجهل حاله على عدم العدالة حتى يثبت عدالته والأمانة مما يشبه العدالة اه. وفي الزرقاني ما نصه: ووارث عامل القراض محمول على عدم الأمانة كما هو ظاهر المدونة، فعليه إثباتها بخلاف وارث عامل المساقاة لأنها مما لا يغاب عليه اه. وفي المتين في شروط الحضانة والأمانة وأثبتها.

فرع: فإن مات رب المال فليس للعامل أن يحركه إلا إن كان قد شغله أو سافر وإلا ضمن والربح لهما إلا أن يتجر لنفسه. اللخمي: ويختلف إذا لم يعلم وخسر هل يضمن الخطأ على مال الوارث أم لا؟ لأن له شبهة الإذن.

وهو

أي العامل (إذا أوصى به) أي بالقراض ومثله الوديعة (مصدق) عينه أم لا عرف أصله أم لا كان عليه دين أم لا أوصى به. (في صحة أو مرض يستوثق) المريض به ويحاصص الغرماء إذا لم يعينه، ويأخذه إذا عينه، ويقدم فيه على الغرماء الثابتة ديونهم ببينة أو إقرار في الصحة أو المريض. هذا محصل ما نقله الشارح عن النوادر عن الواضحة عن مالك، وهو شامل لما إذا كان العامل مفلساً بل زاد إنه إذا عين ذلك في التفليس كان ربه أحق به، وإن لم يعرف قبل ذلك بقراض ولا وديعة، وإن لم يعينه في التفليس فلا شيء للمقر له مع الغرماء اه. وهذا الذي ذكره من أخذه المعين في التفليس وإن لم يعرف به هو قول في المذهب، ولكن المشهور خلافه. قال (خ) في باب الفلس، وقيل تعيينه القراض والوديعة إن قامت بينة بأصله قال (تت) نبه بقوله بأصله على خلاف قول أصبغ: يقبل بلا بينة لمن لا يتهم عليه، وبقوله بأصله على خلاف قول مالك لا بد من شهادة البينة بالتعيين اه. وقد قيد الزرقاني وغيره قول (خ) هنا وتعين بوصية بما إذا كان المعين غير مفلس قال: كان مفلساً قبل تعيينه إن قامت بينة بأصله سواء كان صحيحاً أو مريضاً فإن لم تقم له لم يقبل سواء كان صحيحاً أو مريضاً اه. وهذا هو الصواب بخلاف تقييده المعين في باب الفلس بالصحيح قائلاً: إن المريض يقبل تعيينه مطلقاً وإن وافق كلام الشارح هنا. والحاصل أن الصواب تقييد التصديق المذكور في النظم بما إذا كان العامل غير مفلس وإلاَّ لم يقبل إلا إن قامت بينة بأصله ليوافق المشهور والله أعلم، فإن هلك و لم يوص أخذ من تركته وإن لم يوجد قال البرزلي: ولا يقضي على التركة بالربح إلا أن يتحقق. (وأجر مثل أو قراض مثل) يجب (لعامل عند فساد الأصل) أي القراض، وهما قولان عن مالك، بل ثلاث روايات كما في ابن الحاجب. روى عنه أشهب أن الواجب قراض المثل، وروى غيره أجرة المثل، والفرق بينهما أن أجرة المثل في الذمة وقراض المثل في الربح، فإن
لم يكن فلا شيء وأجرة المثل يحاصص بها الغرماء وقراض المثل يقدم فيه عليهم، والثالثة بالتفصيل ثم قيل بالحد، وقيل بالعد وعليه اقتصر (خ) فقال: في القراض بالعروض أو من وكل على دين أو ليصرف ثم يعمل فأجرة مثله في توليه، ثم قراض مثله في ربحه كلك شرك ولإعادة أو مبهم أو أجل أو ضمن أو اشتر سلعة فلان ثم اتجر في ثمنها أو بدين أو ما يقل كاختلافهما في الربح وادعيا ما لا يشبه، وفيما فسد غيره أجرة مثله في الذمة اه. ونظم ذلك بعضهم فقال:

لكل قراض فاسد أجر مثله
سوى تسعة قد فصلت ببيان
قراض بدين أو يعرض ومبهم
وبالشرك والتأجيل أو بضمان
ولا يشترى إلا بدين فيشترى
بنقد وأن يبتاع عبد فلان

ويتجر في أثمانه بعد بيعه

فهذي إذا عدت تمام ثمان

ولا يشتري ما لا يقل وجوده

فيشتري سواه اسمع لحسن بيان

كذا ذكر القاضي عياض وإنه

خبير بما يروى فصيح لسان

وزيدت عاشرة فقال ابن غازي:

والحق بها ترك الشراء لبلدة

لقيد به أضحى مقود جران

يشير به لقول مالك فيها: أيعطيه المال ويقوده كما يقود البعير؟

باب التبرعات

الحبس والهبة والصدقة وما يتصل بها من العمرى والإرفاق والحيازة، وعرف ابن عرفة الحبس بقوله: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً فخرج بقوله: مدة وجوده العارية والعمرى، وبقوله لازماً بقاؤه الخ. العبد المخدم حياته بموت قبل موت سيده لأنه غير لازم بقاؤه في ملك معطيه لجواز بيعه بالرضا قاله ابن عرفة قلت: ولجواز موت سيده قبله فقوله: ولو تقديراً راجع لمعنى لازماً بقاؤه في ملك معطيه أي: لا يخرج عنه ولو تقديراً.

الحبس

بالسكون تخفيفاً للوزن (في الأصول) كالدور والأرضين والحوائط والطرق والآبار والمصانع وهي الحياض يجمع فيها ماء المطر (جائز) بلا خلاف في المذهب، ويصح ويلزم ولو لم يحكم به حاكم. وقال أبو حنيفة: لا يصح ولا يلزم في حال الحياة إلا أن يحكم به حاكم أو يعلقه على موته كإذا مت فداري وقف وعنه أيضاً يجوز ولا يلزم ويرجع عنه ويباع. (و) جائز (في منوع) أي أنواع (العين) من الذهب والفضة (بقصد السلف) وهو مذهب المدونة، وفي ابن شاس وابن الحاجب يمنع وقد كان بقيسارية فاس دراهم موقوفة للسلف فلم يزل متسلفوها يردون فيها النحاس والنقص حتى اندرست. (ولا يصح) الحبس (في الطعام) وقيل يصح بقصد السلف كالعين لا فرق (خ): وفي وقف كطعام تردد فإن أريد وقف الطعام مع بقاء عينه، فالمنع بلا خلاف (واختلف) بفتح اللام (في) تحبيس (الحيوان). واستدل له اللخمي والمتيطي بحديث «من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده كان شبعه وريه في ميزانه». وهو استدلال صحيح. وتعقب ابن عرفة له فيه نظر. (والعروض) والصحيح أيضاً الجواز ابن القاسم لا بأس بوقف الثياب (من سلف) هو فاعل اختلف وظاهر قوله: الحبس جائز ولو كان المحبس جزءاً مشاعاً كنصف دار مثلاً وهو كذلك إن كان يقبل القسم، وأجبر عليه الواقف إن أراده الشريك فإن لم يقبلها لم يجز إلا بإذن شريكه، فإن فعل دون إذنه أو مع إبايته

فقولان. أحدهما البطلان لما على الشريك من الضرر بتعذر البيع، وفقد من يصلح معه، والثاني الصحة وعليه فيجبر الواقف على البيع إذا أراده الشريك ويجعل الواقف ثمن حصته في مثل وقفه، وهل ندبا وهو قول ابن القاسم، أو جبرا هو قول عبد الملك، وبه العمل قال الفاسي:

ووقف جزء شائع لا ينقسم

من غير إذن من شريكه علم

وحيث لم يرض يباع والثمن

في مثله يجعل جبراً حيث عن

و

لا يشترط في المحبس عليه أن يكون كبيراً ولا موجوداً بل (للكبار والصغار يعقد) الحبس (وللجنين) في البطن قبل وضعه (ولمن سيولد) ودليله ما أجازه مالك رحمه الله من الحبس على الأعقاب الذين لم يكونوا حين التحبيس وأعقاب أعقابهم وكالحبس في ذلك الهبة والصدقة ويصح لمن استهل.

ويجب

أي في الصناعة التوثيقية لتحري النصح وتوخي الصحة فيما إذا حبس شجراً فيها ثماراً وأرضاً فيها زرع (النص على الثمار والزرع حيث الحبس) من الأب (للصغار) من بنيه لأنه إذا أبقى الثمار أو الزرع لنفسه و لم يحبسهما مع الأصل ومات قبل أن يحصد الزرع أو يجذ الثمر والحبس على الصغار بطل الحبس ورجع ميراثاً إذا كان الزرع والثمرة في أكثر الحباسة لأنه قد شغل الحباسة بزرعه وثمرته، فلم تتم الحيازة فيها، ولو حبسهما مع الأصل أو ألحقهما به لصحت الحيازة قاله المتيطي ومفهوم قوله: في أكثر الحباسة لو كان في أقلها كالثلث فدون نفذت الصدقة في جميع الأملاك إذ يجوز للمتصدق استثناء قدر الثلث من المساكن في الدار ومن الغلة فيما له غلة، ثم يلحق بعد موته بالصدقة ودون الثلث أبين قاله ابن وهب اه. من المعين وفي الوثائق المجموعة ما نصه: وثيقة حبس في دار واستثنى المحبس بيتاً منها يسكنه حياته وأورد الوثيقة ثم ذكر ما حاصله: أنه إذا حبس الدار واستثنى سكنى بيت حياته وقيمة البيت الثلث من الدار فأقل، ورأى الشهود الدار خالية قد انتقل بجميع ثقله إلى البيت الذي استثنى صح الحبس كله، فإن كان المستثنى أكثر من الثلث بطل الحبس، فإن كان حبس ما عدا البيت وشرط أن يلحق بالحباسة بعد موته جاز ذلك إذا لم يكن على وارث، واحتمل ذلك ثلثه فإن كان على وارث لم يجز حتى يجيزه الورثة وهو فيها كالوصية. (ومن يحبس دار سكناه) على بنيه أو على غيرهم (فلا يصح) الحوز ولا يتم (إلا إن يعاين) منها (الخلا) بأن يخرج منها ويشهد عدلان بمعاينتها خالية من شواغل المحبس ويستمر على خروجه منها سنة

فإن سكنها ولو بكراء قبل السنة وبقي فيها حتى مات بطل الحبس (ونافذ تحبيس ما قد سكنه) أي الدار التي حبسها وسكنها (بما كالاكتراء من بعد السنة) وإن مات فيها لم يوهن ذلك الحبس ولا فرق بين الصغير والكبير هذا قول ابن القاسم وهو المشهور المعمول به قاله المتيطي وابن الحاج. وقال ابن رشد: إنما يصح القول بحيازة العام في المالكين أمورهم

وعليه مشى الناظم إذ قال: (إن كان ما حبس للكبار) يعني: وأما الصغار فمتى سكن أو عمر ولو بعد عام بطل اه. وعلى الأول. عول ابن لب فقال: إن أخلى ما حبسه على صغار ولده عاماً كاملاً لم يضر رجوعه إليه اه. ونظمه الإمام المزوار فقال:

رجوع واقف لما قد وقفا

بعد مضي سنة قد خففا

على صبي كان أو ذي رشد

واعترضت طريقة ابن رشد

وفي (خ) وبطل على معصية أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام فإن مفهومه أن عوده لسكناه بعد العام لا يضر كان المحبس عليه أجنبياً أو قريباً كبيراً كان أو صغيراً. قال المواق: وفي نوازل ابن الحاج أن هذا القول جرى به العمل وعليه عول المتيطي. (ومثل ذاك) المذكور في الحبس (في الهبات جار) وفاقاً وخلافاً.

وكل ما يشترط المحبس

عطف على قوله تحبيس ما قد سكنه أو مبتدأ و (من سائغ شرعاً) كما يأتي مثاله بيان لما و (عليه الحبس) خبر والشرط السائغ (مثل التساوي) بين الذكور والإناث في الغلة والتضعيف للذكور أو عكسه فإن أطلق حمل على التساوي وكلام الناظم يوهم خلافه وليس كذلك. (و) مثل (دخول الأسفل) من البنين مع الأعلى أو أن من احتاج من المحبس عليهم باع وهو قوله (وبيع حظ) أي نصيب (من بفقر ابتلي) وكتخصيص مذهب أو ناظر أو تبدئة فلان بكذا قال في التوضيح: لأن ألفاظ الواقف تتبع كألفاظ الشارع، ومفهوم من سائغ شرعاً أنه إذا شرط ما هو معصية لم ينفذ، وأما المكروه فقال الزرقاني: واتبع شرطه إن جاز أو كره كشرط أن يضحى عنه كل عام فينفذ، وهذا إذا أمكن فلو شرط في تحبيس كتب أن ينتفع بها في موضع خاص وتعذر ذلك جاز الانتفاع بها في غيره، وقد أجازوا نقل أنقاض المسجد إذا أيس من عمارته لخراب البلد إلى مسجد آخر.f (وحيث جاء مطلقاً لفظ الولد) أي غير متبوع بلفظ فلان وفلانة كما في الصورة بعدها، وإنما قال: حبست على أولادي أو قال على ولدي لأن المراد الحبس فيدخل فيه أولاده ذكوراً وإناثاً وأولاد أولاده الذكور فقط، ولا يدخل أولاد البنات وهو معنى قوله: (فولد الذكور داخل فقد) فحسب (لا ولد الإناث إلا حيثما بنت لصلب ذكرها تقدما) بأن يقول حبست على أولادي أو على ولدي فلان وفلان وفلانة وأولادهم فإنه يدخل ولد البنت لتقدم ذكرها ولا يدخل أولاد بنات الابن، فإن قال حبس على أولادي فلان وفلان وفلانة وأولادهم الذكور والإناث وأولادهم دخل بنات الابن دون بنات ابن الابن إلا أن يقول وأولادهم وأولاد أولادهم، ويذكر طبقة رابعة أو أكثر فإن أولاد البنات يدخلون إلى الطبقة التي سمى ثم يخرجون. قال ابن أبي زمنين: هذا الذي تعلمناه من أفقه من أدركناه، وقد كان يقول بعضهم غير هذا. وقول المحبس ما تناسلوا وامتدت فروعهم إنما هو تأكيد للحبس لا يزيد في الفقه

شيئاً ولا ينقص اه. من المفيد. (ومثله) أي مثل لفظ الولد المطلق (في ذا) أي في دخول ولد الذكور فقط دون ولد البنات. (بني والعقب) كحبست على بني أو على عقبي أو على نسلي فلا يشمل الحافد وهو ولد البنت. (وشامل) خبر عن قوله: (ذريتي) فهو (منسحب) على أولاد البنين وأولاد البنات. قال ابن الحاجب: وذريتي يدخل ولد البنات اتفاقاً لأن عيسى من ذرية إبراهيم اه. وفي المقرب قال مالك: وإذا قال الرجل هذه الدار حبس على ولدي فهي لولده وولد ولده وليس لولد البنات شيء **قال تعالى: يوصيكم الله في أولادكم}** الآية (النساء:11) وأجمع الناس على أنه لا يقسم لولد البنات في الميراث شيء (والحوز شرط صحة التحبيس) وكذا سائر التبرعات من هبة أو صدقة أو نحلة إلا إن انعقد النكاح عليها كما مر (قبل) متعلق بالحوز أي والحوز قبل (حدوث موت أو تفليس) فإن لم يحز حتى مات المحبس أو فلس أو مرض ومات منه بطل. قال ابن سلمون: ولا بد من حوزه في حياة المحبس وقبل فلسه ومرض موته وإلاَّ بطل وذلك أي الحوز بالشهادة على المعاينة، ولا يجزي فيه الإقرار، وهذا كله إذا حبس أو أعطي في صحته ولم يحز عنه حتى مات، فإن حبس في المرض أو في الصحة وأوصى بتنفيذه في المرض نفذ من الثلث وإن لم يحز وكان حكم الوصية قاله مالك. والحوز للحبس أو العطية يكون للمحبس عليه أو المعطي. (لجائز القبض) وهو الرشيد الذي لا حجر عليه فإن كان سفيهاً فهل يكفي حوزه؟ قولان. (وفي المشهور إلى الوصي) أي الولي وصي أو غيره (القبض للمحجور) لا للمحجور المتيطي: وإذا حبس الرجل على مولى عليه فالأحسن في ذلك أن يقبض له وصيه أو غيره ممن هو مالك أمره ليخرج بذلك من الخلاف الواقع في قبض المولى عليه ما حبس عليه اه. وقال ابن الهندي: تصح حيازة المولى عليه لأن القصد خروج ذلك من يد المحبس ووقعت في أيام القاضي منذر بن سعيد، فشاور فقهاء بلده فأجمعوا على أن ذلك حيازة حاشا إسحاق بن إبراهيم بن راشد، وهذا

الخلاف إذا كان له ولي وإلا فينبغي أن يتفق على أنه حيازة قاله في التوضيح. (ويكتفي بصحة الإشهاد) عن الحوز (إن أعوز الحوز لعذر باد) فقد سئل ابن رشد عمن تصدق على ابن له كبير بأملاك وأشهد بذلك وحاز الابن بعضها والباقي لم يتطوف عليه ولا خرج إليه لكونه في قطر مخوف من العدو ولا يدخله أحد إلا على غرر ولم يعتمر ذلك أحد إلى أن مات الأب فقال: إذا حال الخوف اكتفى بالإشهاد ولا تبطل الصدقة إذا مات قبل إمكان الوصول إليها.

وينفذ التحبيس

ويتم (في جميع ما) أي في كل حبس (محبس) بالكسر (لقبضه قد تقدما) سواء كان على غير معين كفرس في سبيل الله واستخلف رجلاً على حيازته وبرىء منه إليه لا أن وليه حتى مات كما في المقرب أو على معين ولو كبيراً حاضراً وقدم من يحوزه له وحازه، فإن الحبس صحيح بخلافه في الهبة فيصح في الغائب فقط فيعمم في كلام الناظم كما هو ظاهره، ويؤخذ بمفهوم قوله: التحبيس. قال في الشامل: وصح وقف بوكالة من حبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الغائب من يحوز له حاز، وفي الهبة والصدقة: يجوز للغائب فقط اه. ونقله الحطاب فلو زاد الناظم:

وحوز من قدم واهب يصح

لغائب وفي الحضور لا تبح

و

إذا حبس الأب على ابنه الصغير والكبير حبساً مشاعاً بينهما لم يصح بحوز الأب عن الصغير، و (الأخ) الكبير (للصغير) متعلق بقوله (قبضه وجب مع اشتراك) أي في حبس مشترك بينهما وهذا الوجوب ليتم الحوز لا الوجوب المقابل للندب، (وبتقديم من أب) عطف على مع اشتراك ومثله في النص، والظاهر أنه لا مفهوم له وأنه مهما حاز الكبير صح (والأب لا يقبض للصغير) فيما حبس عليه (مع كبيره والحبس إرث إن وقع) ذلك (إلا إذا ما أمكن التلافي) قبل موت الأب أو مرضه وفلسه (وصحح الحوز بوجه كاف) بأن أخرجه من يده وحوزه للكبير أو الآخر معه كما قال: (وإن يقدم غيره جاز) كما يجوز ابتداء قال المتيطي: ويجوز أن يقدم الأب رجلاً يقبض مع الكبير نصيب الصغار، وما اقتصر عليه الناظم هو ما جزم به ابن العطار قائلاً وهو رواية ابن القاسم. عن مالك: وذهب بعض الموثقين إلى صحة حيازة الأب عن ابنه إلى مسألة تحبيس الجزء المشاع مقتصراً فيه على الصحة فقال: (وفي) تحبيس (جزء مشاع حكم تحبيس) لغير مشاع مبتدأ خبره (قفي) وفي جزء متعلق به أي حكم تحبيس غير المشاع قفي واتبع في تحبيس الجزء المشاع. قال ابن سلمون: ويجوز تحبيس الجزء المشاع. قال ابن حبيب: فإن كان مما ينقسم قسم فما أصاب الحبس من ذلك فهو على التحبيس، وما كان من ذلك لا ينقسم بيع فما أصاب الحبس من الثمن اشترى به ما يكون حبساً فيما سلبه فيه اه. وقوله: بيع أي جميع الربع كما في الواضحة عن ابن حبيب ومحله والله أعلم إذا دعا الشريك إلى ذلك أو كان للمحبس التصفيق وإلاَّ بيع نصيب المحبس فقط وجعل في غيره كما مر، فإن كان الجزء الباقي للمحبس أيضاً فلا بيع ويصح الحبس بسكنى المحبس عليه الدار مع المحبس وارتفاقه بها معه، وكذا الهبة والصدقة كما في المواق عن المتيطي والمعيار عن اللؤلؤي بناء على أن الشيوع لا ينافي القبض، وهو الظاهر من القولين فيه حكاهما المقري في قواعده، وأغفلها في المنهاج، وذكرها صاحب التكميل (ونافذ) من الحبس أو الهبة أو الصدقة (ما حازه الصغير لنفسه) من ذلك (وبالغ محجور) عليه ومقتضى قوله نافذ إنه لا يجوز ابتداء، ومثله في طرر ابن عات عن ابن زرب أنه. قال: حيازة الصغير ما تصدق به عليه أب أو غيره حيازة تامة إلا أنه يكره ذلك ابتداء فإن وقع نفذ. وفي المتيطية عن ابن الكاتب: إذا حاز الصغير الذي لا أب له ولا وصي ما وهب له وكان يعقل أمره صح حوزه وجاز ذلك له اه. ويحتمل أن يريد بالجواز المضي، وتقدم عن ابن راشد أن هذا لا ينبغي أن يختلف فيه ويثبت الحبس ويتم بخروجه عن يد المحبس (وبانسحاب نظر المحبس) أي استمراره (للموت) أي موت المحبس كمن حبس داره على المساكين وجعل يكريها ويصرف غلتها لهم وهي تحت يده إلى أن مات أو مرض أو فلس (لا يثبت حكم الحبس) ويبطل جملة. وهذا مفهوم قوله قبل: والحوز شرطه صحة التحبيس البيت. (ومن) مبتدأ (لسكنى دار تحبيس) على الفقراء أو على أولاده من غير تعيين والمجرور متعلق بقوله: (سبق) و (تضيق عمن دونه) صفة دار و (بها) متعلق بقوله (أحق) وهو خبر من قال في المقرب، قال مالك: من حبس داراً على ولده فسكنها بعضهم و لم يجد البعض مسكناً، فقال: اعطوني من الكراء فليس ذلك له ولا يخرج أيضاً أحد لأحد، ولكن إن غاب أحد أو مات سكن غيره. ابن رشد: معناه في غير المعين كتحبيسه على أولاده أو أولاد فلان بناء على إلحاق أولاد فلان بغير المعينين، ولو كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق إليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم سواء قاله ابن القاسم محمد. وغنيهم وفقيرهم سواء. ابن القاسم: ومعنى قوله: ولكن إن غاب أحد إن كان يريد المقام وأما إن كان يريد أن

يرجع فهو على حقه. ابن المواز: وله أن يكري منزله إلى أن يرجع اه. (خ): ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط أو سفر انقطاع أو بعيد الزرقاني يغلب على الظن عدم عوده منه. ثم أشار إلى ما إذا باع المحبس عليهم الحبس فقال:

ومن يبيع ما عليه حبِّسا

من الحبس (يرد مطلقاً) علم البائع بأنه حبس أو لا (ومع علم أسا)ء من الإساءة قال في المجموعة: ويعاقب بالأدب والسجن إذا لم يكن له في بيعه يعذر به (والخلف) أي والخلاف (في المبتاع هل يعطي الكرا)ء والغلة أي هل يرد ذلك أولاً وهو قول ابن القاسم. والذي اختاره الشيوخ لأنها بالضمان. قال ابن عتاب: وهذا الخلاف إذا لم يعلم المشتري: (واتفقوا مع علمه قبل الشرا)ء بأن المبيع حبس واشتراه مع ذلك على أنه يرد الغلة، وخالفهم ابن سهل وأفتى بأنه لا رجوع للبائع في الغلة حيث كان عالماً بالحبس، وإن علم المشتري أيضاً وما أفتى به معارض للاتفاق ولا يخلو عن نظر لما فيه من تمكين المبتاع من ثمرة عقد باطل لا شبهة له فيه، فالراجح خلافه، وإذا رد البيع في الوجهين رجع المشتري على بائعه بالثمن إن كان ملياً. (ويقتضى الثمن إن كان تلف) عند البائع ولا شيء عنده (من فائد) أي غلة (المبيع) المحبس (حتى ينتصف) المشتري بقبض جميع ثمنه (وإن يمت) البائع (من قبل) أي قبل انتصاف المشتري واستكماله مع دفع (لا شيء له) من الباقي لأن الحبس قد انتقل لغير البائع من مستحقيه (وليس يعدو حبس محله) ثم أشار إلى ما يفعل بالحبس إذا بطلت المنفعة المقصودة منه فقال: (و) حبس (غير أصل) كحيوان أو صلاح (عادم النفع) أي عدم نفعه فيما حبس عليه وينتفع به في غيره كفرس للجهاد صار بحيث يصلح للطحن لا غير بيع فلا يرد أن عادم النفع لا يجوز بيعه، و (صرف ثمنه في مثله) إن بلغ أو أعين به فيه (ثم وقف) (خ): وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو نقصه إن وجد وإلا صرف في السبيل وبيع فضل الذكور وما كبر من الإناث في أناث، وأما الأصل فالمشهور منع بيعه، وإن خرب قال ابن الجهم: لأنه يوجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان قال ابن رشد: وفيها لربيعة أن للإمام بيع الربع إذا رأى ذلك لخرابه وهي إحدى

روايتي أبي الفرج عن مالك اه. ويعني به الحفار. قال في الرسالة: واختلف في معاوضة الربع الخرب بدفع غير خرب اه. والعمل على الجواز قال القابسي: كذا معاوضة أرض الحبس على شروط أسست للمؤتمي: وإذا كان الحبس على معينين وأرادوا قسمته بينهم بتلاً منع وهو قوله: (ولا تبت قسمة في حبس وطالب قسمة نفع) كأرض يستغل كل واحد طرفاً منها (لم يسيء) من الإساءة لأنه المعمول به من الخلاف قال في المتيطية: واختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال وانتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون، وقد جرى العمل باقتسامه لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع وفي المقرب يقسم إذا كان أرضاً بيضاء يعني أو بيوتاً فإن كان أصول شجر لم يجز إن تقسم الأصول وإنما يقسمون الغلة في أوانها قاله غير واحد من أهل العلم اه. ومثله في المفيد عن ابن أبي زمنين بلفظه.

فصل في الصدقة والهبة وما يتعلق بهما

ابن عرفة: الهبة تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي، والعطية أعم من الجميع وهي تمليك متمول بغير عوض إنشاء فقوله: تمليك جنس ومتمول أخرج به تمليك المرأة النكاح، وتمليك الطلاق وبغير عوض أخرج به البيع ونحوه وإنشاء أخرج به الحكم باستحقاق وارث إرثه لأنه تقرير لما ثبت لا إنشاء للملك كالعطية ودخل فيها العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة.

صدقة

وهي ما أريد بها وجه الله تعالى وثواب الآخرة (تجوز) أي تصح وتلزم وإلا فهي مندوب إليها (إلا مع مرض موت) أي إلا أن يتصدق في حال مرضه ومات من ذلك المرض فإنها تبطل لحق الورثة وتصير وصية فإن كانت بالثلث فدون ولغير وارث صحت، وإلاَّ توقفت على إجازة الورثة، فإن صح من مرضه ذلك صحة بينة صحت مطلقاً فإن كان المرض من الأمراض المزمنة المتطاولة نظر، فإن مات بالقرب من الهبة كالأشهر اليسيرة بطلت للوارث إلا أن يشهد أهل المعرفة أنه مات من مرض حدث بعدها وإن بعد ما بينهما صحت قاله اللخمي، وأفتى به ابن لب. (وبالدين المحيط تعترض) أي تبطل وترد لأن المدين الذي أحاط الدين بماله ممنوع من التبرع، فإذا وهب أو تصدق فللغرماء إجازة ذلك ورده (ولا رجوع بعد) أي بعد تبتيل الصدقة لا رجوع فيها (للمصدق) بإدغام التاء في الصاد للزومها بالقول على المعروف من المذهب ويجبر على الحوز، وكذا الهبة والحبس ولا يشترط في ذلك التحويز وهو تسليم العطية ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يحصل مانع قال في التوضيح: المعروف أن الهبة والصدقة يلزمان بالقول ولا يتمان إلا بالقبض وعن مالك أنها لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع فيها ما لم تقبض اه. وهو مذهب الشافعي رحمه الله (وملكها) أي الصدقة (بغير إرث) من شراء أو قبولها هبة أو غيرهما (اتقى) لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في الفرس الذي تصدق به وأضاعه صاحبه وظن أنه بائعه برخص «لا تشتره ولو أعطاكه بدرهم» والمشهور أن النهي للكراهة وحمله الداودي على التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم : «الذي يعود في صدقته كمثل الكلب الذي يعود في قيئه» ومفهوم الصدقة أن الهبة لا يكره العود فيها وهو المشهور، وقال عبد الوهاب: الهبة كالصدقة ومفهوم بغير إرث لو مات المتصدق عليه وورثها منه فلا يكره له ملكها وهو كذلك (خ): وكره تملك صدقة بغير ميراث ولا يركبها ولا يأكل غلتها وينفق على أب افتقر منها.

كذاك ما وهب للأيتام والفقراء، وأولي الأرحام

لأن هبته في معنى الصدقة فيكره تملكه بغير ميراث ولا اعتصار فيه للأم حيث وهبت لولدها اليتيم فإن تيتم بعد الهبة فقولان (والأب) ومثله الوصي المقدم (حوز لما تصدقا به) أو وهبه (على محجوره) الصغير أو البالغ السفيه صحيح (لن يتقى) ذلك ذكراً كان المحجور أو أنثى فإن بلغوا ورشدوا حازوا لأنفسهم فإن لم يفعلوا ومات الأب بطلت ثم قال (و) الصدقة (للمعينين) كزيد وعمرو وبكر (بالحوز) متعلق بقوله (تصح وجبره) أي المتصدق. وكذا الواهب على الحوز (مهما أباه متضح) بين للزومها بالقول كما مر. (وفي سوى) أي والصدقة على غير (المعينين) كالمرضى أو الفقراء أو المساكين (يؤمر) المتصدق (بالحوز والخلف أتى هل يجبر) أو لا وهما قولان في حبس المدونة وهباتها، والمفتي به عدم الجبر (خ): وإن قال: داري صدقة بيمين مطلقاً أو بغيرها ولم يعين لم يقض عليه بخلاف المعين وفي مسجد معين قولان. نظراً للمسجد أو للمنتفعين فإن تصدق على ابنه ثم بعده للمرضى ثم مات الابن فطلبه المرضى. فقال ابن الحاج يجبر عليها لأنها انتقلت إليهم من معين، وإلى ذلك أشار بقوله: (والجبر) على التحويز (محتوم) واجب ومقضى به (ب)سبب (ذي تعين) وهو الولد (لصنفهم) متعلق بمحتوم والضمير لغير المعينين أي جبر لهم (من جهة المعين) الذي انتقل إليهم عنه لتعين المصدق له (وللأب) فيما إذا وهب لابنه الكبير والصغير (التقديم للكبير) أو لأجنبي (لقبض ما يختص بالصغير) فإن لم يقدم أحد القبض. ما يجب للصغير حتى مات الأب بطلت الصدقة كلها عند ابن القاسم، وبه العمل كالحبس كما مر، وقيل يصح نصيب الصغير في الهبة والصدقة خاصة (وحوز حاضر لغائب إذا كانا شريكين بها) أي في الصدقة بأن تصدق بها عليهما معاً وحازها الحاضر (قد أنفذا) حوزه وصح لهما (وما على البت لشخص عينا) صلة ما والمجروران متعلقان به والمعنى أن ما عين من الصدقة لشخص بعينه فإن كان ذلك على البت أي

بتله له بقول أو نية (فهو له) أي لذلك الشخص (ومن تعدى) من متصدق أو مأمور وأعطاه لغيره (ضمناً وغير ما يبت إذ يعين) أي وإن كان حين عزل الشيء وأراد به المكين أو أخرجه له لم يبتله بقول ولا نية لم يضمن لكن (رجوعه للملك ليس يحسن) أي يكره ومفاده أن المتصدق به على غير من عينه لا يكره، وصرح ابن رشد بالكراهة فيهما (وللأب القبض لما قد وهبا ولده الصغير) حال كونه أي القبض له (شرعاً وجبا) هذا مستغنى عنه بما مر في الصدقة من قوله: وللأب حوزه لما تصدقا الخ. إذ لا فرق وإنما ذكره توطئة لقوله: (إلا) الأب أو الوصي (الذي يهب من نقديه) الذهب والفضة (فشرطه الخروج من يديه إلى أمين) ولا يكفي حوزه لهما ومثلهما كل ما لا يعرف بعينه من المثليات من مكيل أو موزون أو معدود ولو ختم على ذلك بحضرة الشهود إلا أن يجعل ذلك عند غيره على ما رواه ابن القاسم خلافاً للمدنيين. قال ابن القاسم. قلت لمالك: أرأيت الدنانير يتصدق الرجل بها على ابنه الصغير كيف تحاز؟ قال: يجعلها تحت يد غيره لا يجوز فيها غير ذلك ولم يرها مثل العروض. قلت له: والرجل يشتري العبد يشهد أنه لابنه الصغير ثم يموت بعد ذلك بسنة؟ قال: هو للابن ولا يدخل الورثة عليه في ذلك. قال ابن سهل: وسأل ابن دحون ابن زرب عمن ابتاع لابن له صغير داراً بمال وهبه له ثم بلغ الابن ومات ولم يقبض الابن الدار هل ينفذ له أو يبطل أمرها؟ قال: لا تبطل وقد تمت الحيازة له للهبة بالابتياع للدار بها اه. والمسألتان من باب الاشتراء للولد بالشيء الموهوب الذي لا يعرف بعينه وهو ما أشار له الناظم بقوله:

وعن الأمين يغني اشتراء

أي ويغني عن وضع العين عند أمين اشتراء الشيء بها للموهوب (هبة) أي الشيء وقع (بعد حين) فيكفي ما لم يحصل مانع (وإن يكن) الأب (موضع سكناه يهب) لأضلابنه الصغير أو السفيه (فإن الإخلاء له) أي لموضع سكناه (حكم وجب). فلا بد من معاينة الدار خالية من شواغل الأب وأمتعته ثم لا يعود إليها ولو بكراء عاماً كاملاً فمتى عاد إليها قبله بطلت وإن عاد بعده لم يضر كما مّر ولا يضر سكناه ما قلّ منها (خ) إلا ما لا يعرف ولو ختم ودار سكناه إلا أن يسكن أقلها ويكرى له الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع. (ومن يصح قبضه) من موهوب له أو متصدق عليه (وما قبض معطاه مطلقاً) أي أصلاً كان أو غيره وكان ترك القبض (لتفريط عرض) منه ف(يبطل حقه بلا خلاف إن فاته في ذلك التلافي) بأن مات المعطي أو فلس أو أحاط به الدين أو استهلك الهبة أو وهبها لثان وحازها الثاني على ما أفتى به خليل وهو قول محمد. وقال ابن القاسم: هي للأول ومفهوم قوله: لتفريط أنه إذا لم يفرط في الحوز كاشتغاله لتزكية شهود لهبة أو إقامة ثان فمات الواهب لم تبطل الهبة (خ): وصح إن قبض ليتروى أوجد فيه أو في تزكية شاهده.

تنبيه: من الهبة الباطلة هبة بنات القبائل والأخوات لقرابتهن مع اشتهار عدم توريثهن، فلهن الرجوع في حياتهن ولورثتهن القيام من بعدهن لأنهن لو امتنعن من الهبات لأوجب ذلك استهانتهن وقطعهن والغضب عليهن وعدم الانتظار لهن إذا أصابهن شيء من أزواجهن، ولا فرق بين المتجالات ذوات الاولاد وغيرهن قاله الباجي وأبو الحسن صح من المعيار ومثله في الدر النثير وزاد أنها ترجع في عين ما بيع ويقبل منها أن سكوتها كان لجهلها أن الهبة لا تلزمها.

فصل في الاعتصار

ابن عرفة: هو ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي.

الاعتصار جاز فيما يهب

أو يعمر أو ينحل أو يعطي (أولاده) صغاراً أو كباراً (قصداً لمحبة) أي لأجل محبته لله والدار الآخرة وقصد الثواب فلا يعتصره (الأب) فاعل يهب (والأم ما حيي) بالإدغام جوازاً وحيي افكك وادغم دون حذر (أب) فاعل (تعتصر) ما وهبته لولدها، فإن مات الأب بعد الهبة فقولان مأخوذان من قول التهذيب وللأم ان تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه. قال أبو الحسن: قوله في حياة متعلق بتعتصر أو بوهبت وهو مختار اللخمي ولا اعتصار لجد ولا ابن ولا غيرهما (خ) كأم فقط وهبت ذا أب ولو يتم على المختار، وهذا كله في ابنها الصغير وأما الكبير فتعتصر ما وهبته مطلقاً كما في الحطاب. (وحيث جاز الاعتصار يذكر) أي ينبغي للموثق حيث كانت الهبة لم يرد بها الصدقة والدار

الآخرة أن يذكره في الوثيقة بأن يقول: وسلط حكم الاعتصار عليها أو هبة يصح اعتصارها أو من شأنها الاعتصار أو نحو ذلك لئلا ينازع الأب إذا اعتصر لأن شأن الموثقين حسم مواد الخلاف كما مر في الضمان، (وضمن) في رسم الاعتصار (الوفاق في الحضور) أي حضور الابن المشير له (إن كان الاعتصار من كبير) قال ابن سلمون آخر وثيقة الاعتصار: وإن كان الابن كبيراً قلت: وبمحضر الابن وموافقته على ذلك وهو من باب المبالغة في قطع النزاع كالذي قبله. (وكل ما يجري) من العطيات والنحل والعمرى (بلفظ الصدقة) أو دل عليها المقام (فالاعتصار أبداً لن يلحقه) قال اليزناسني: وهذا البيت والذي قبله ساقطان من جل النسخ (ولا اعتصار مع موت) للموهوب (أو مرض له) وكذا للواهب (أو النكاح أو دين عرض) هو أي ما ذكر من المرض وما بعده بعد الهبة لتعلق حق الغير بها فكأنها فاتت ولأنه في مرض الواهب يعتصر لغيره، فإن كانت الهبة بعد المرض أو الدين أو النكاح أو صح من المرض العارض بعدها فله الاعتصار (خ): وللأب اعتصارها من ولده كأم إن لم تفت لا بحوالة سوق بل بزيد أو نقص و لم ينكح أو يداين لها أو يطأ ثيباً موهوبة أو يمرض كواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال أو يزول المرض على المختار أي: بخلاف زوال النكاح والدين فلا يعود معه الاعتصار، والفرق أن المرض إذا زال تنقطع توابعه، وفي النكاح والدين قد تلد الزوجة وقد يستحق الصداق أو ما دفعه في الدين فلا تنقطع أتباعه قاله ابن عرفة فمجرد النكاح مانع كما رواه عيسى بخلاف المرض كما قاله المغيرة وابن دينار. (وفقر موهوب له ما كانا) أي صغيراً أو كبيراً سفيهاً أو رشيداً (لمنع الاعتصار قد أبانا) لأن الهبة للفقر بمعنى الصدقة وهي لا تعتصر قال في الوثائق المجموعة: وإذا كانت هبة الأبوين على فقير من بنيهما فليس تعتصر لأن من وهب لفقير أراد الصلة والأجر (وما) نافية (اعتصار) خبر عن قوله (بيع شيء قد وهب) أي كل شيء قد باعه الأب بعد إن وهبه لابنه الصغير (من غير إشهاد به) أي بالاعتصار (كما يجب) فيه فالهبة على صحتها والثمن في ذمة الأب وبيعه محمول على أنه لغبطة أو مصلحة قال ابن عات: من وهب ابنه الصغير هبة وسلط عليها شرط الاعتصار ثم باعها بعد ذلك باسم نفسه ومات فإن الثمن للابن في مال الأب وليس بيعه باسم نفسه عصرة منه إلا أن يشهد عند البيع أو قبله بذلك، ولا يصح الاعتصار بعد البيع لأنها قد تغيرت عن حالها اه. وظاهر المصنف كان الابن صغيراً أو كبيراً قال الشارح: وهكذا نقل وفي كونه في الكبير لا يعد عصرة إشكال يعني من حيث إنه لا تصرف للأب في ماله. قلت: لا إشكال ويكون بيع فضولي يجري على حكمه السابق في المعنى وفي استحقاق الثمن على أن الذي في نقله عن الطراز تقييده بالصغير.

لكنه

يعني وإن قلنا إن بيع الأب ما وهبه لابنه ليس بعصرة، لكن إذا باعه للابن نفسه بأن صيره له في دين كان له على أبيه (يعدمهما صيرا ذاك لموهوب له) وهو الابن (معتصراً) وتصير الهبة ملكاً للولد عوضاً عن الدين الذي كان له على أبيه لا بالوجه الأول الذي هو الهبة، لأن إدخالها في ملك الولد بسبب دينه على الأب يستلزم اعتصار الأب لها وإدخالها في ملكه وإلاَّ لم يكن قضاء لدينه ثم قيل بصحة هذا التصيير للابن مطلقاً. (وقيل بل يصح إن مال شهر له) أي إن عرف أن للابن مالاً إما ببينة أو قرينة تدل على ذلك من كسب يده أو إرثه في أمه (وإلا فلحوز يفتقر) أي وإلا يعرف للابن مال

فالتصيير عطية تفتقر لحوز إن وجد تمت وإلاَّ فلا، ففي نوازل ابن الحاج أنه سئل عن رجل وهب لابنته الصغيرة داراً واحتازها ثم بعد ذلك أشهد أنه صيرها لها في مائة مثقال تألفت عنده من غزل غزلته ومن غيره؟ فأجاب: التصيير اعتصار للهبة وتكون الدار للموهوب لها بالتصيير لا بالهبة الأولى، وقال غيره: إن التصيير اعتصار وينظر، فإن كان ما اعترف به من الذهب نسبته لها صحيحة كمعرفتها بالغزل الرفيع أو اجتماع ذلك لها من إرث وغيره صحت وإلاَّ سقطت.

فصل في العمرى وما يلحق بها

من المنحة والإخدام. ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء وهو شامل للأصول وغيرها، ومثله في المقرب، وفي المدونة. قيل لابن القاسم: فإن أعراه حلياً أو ثياباً. قال أما الحلي فهو كالدور، وأما الثياب فلم أسمع من مالك فيها شيئاً وهي عندي على ما أعارها عليه من الشروط اه. وخصها الناظم بالأصول فقال:

هبة غلة الأصول

كالدور والأرضين والحوائط (العمرى) ولا بد فيها من الحوز كسائر العطيات و (يجوز الأصل حوزها استقرا طول) بالنصب ظرف لقوله غلة بمعنى استغلال وهبة خبر مقدم، والتقدير العمرى هبة غلة الأصول طول (حياة معمر) بالفتح (أو مدة معلومة كالعام أو ما بعده) كالعامين أو العشرة أعوام ولا يضر الجهل بمدة الحياة لأن الغرر إنما يمنع في المعاوضات لا في التبرعات، وأما قولهم أرسل من يدك بالغرر ولا تأخذ به فقاعدة فيها نظر لأنه إن أريد الإرسال بغير عوض فالأخذ كذلك جائز، وإن أريد بعوض فممنوع فيهما، فإذا مات المعمر أو انقضت المدة رجعت العمرى ملكاً للمعمر بالكسر إن كان حياً أو لورثته إن مات. (وبيعها) أي العمرى (مسوغ للمعمر) بالفتح فيجوز له أن يبيع ما يملك من المنفعة مدة حياته، وإن كانت مجهولة وأحرى المعلومة (من معمر) بالكسر (أو وارث للمعمر) ويجوز بيعها بالنقد وبالنسيئة وبالعين والطعام والعرض لأنها من باب المعروف ومستثناة من كراهة العود في الصدقة. ثم أشار إلى تعريف المنحة والإخدام وهما نوعان من العطية فقال: (وغلة للحيوان) كلبن بقرة أو ركوب دابة (أن تهب فمنحة تدعى) أي تسمى (وليست تجتنب) بل هي مندوب إليها لكونها من المعروف (وخدمة العبد) أو الأمة (هي الإخدام والحوز فيهما) أي المنحة والإخدام (له التزام) فلا يصحان دونه (حياة مخدم) راجع لقوله: وخدمة العبد (أو الممنوح) راجع لقوله: وغلة للحيوان أن تهب، ففيه لف ونشر معكوس (أو أمد عين) فيهما (بالتصريح) كأخدمتك عبدي شهراً أو منحتك دابتي شهرين فتلزم المدة فيهما، وقد تحصل مما تقدم أن إعطاء الرقبة هبة أو صدقة وإعطاء المنفعة فقط على التأبيد حبس ولا على التأبيد إن كان مدة حياة المعطي. زاد الناظم أو مدة محدودة في الأصول فعمرى وغيره يسمى الثاني إسكاناً أو عارية وإن كانت منفعة حيوان فمنحة أو عبد فإخدام. (وأجرة الراعي لما) أي للحيوان الذي (قد منحا على) الشخص

الذي يمنحه قد سمحا

بضم الميم أي على المانح وكذا علفها وسقيها إن لم يكن مرعى (وجائز لمانح فيها) أي المنحة (الشرا بما يراه) المانح (ناجزاً أو مؤخراً) كما مر في العمرى. وهكذا الحكم في الإخدام فيجوز للسيد شراء خدمته ونفقته مدة الخدمة عليه، وكذا زكاة فطره (خ): وهي على المنفق بقرابة أو رق ولو مكاتباً وإبقاء رجى ومخدماً إلا لحرية فعلى مخدمه فلو زاد الناظم:

وحكم خدمة كمنحة ترى
بيعاً وإنفاقا فخذ بلا مرا

فصل في الإرفاق

هو إعطاء منافع تتعلق بالعقار. (إرفاق جار حسن) أي مستحب (للجار) لحديث: «ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه» والجار ثلاثة أقسام: جار له حق واحد بالجوار وهو الذمي. وجار له حقان وهو الجار المسلم الأجنبي، وجار له ثلاثة حقوق وهو الجار المسلم ذو القرابة. **قال تعالى: وبالوالدين إحساناً}** إلى والجار ذي القربى والجار الجنب} (النساء:36) (بمسقى) يتعلق بإرفاق أي يسقي بماء فضل من مائه الخاص به أو بموضع من أرضه أو بجداره يمر عليه الماء إلى حائط (أو طريق) في أرضه (أو جدار) يغرز فيه خشبة، ففي الحديث «لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره» يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم. (والحد في ذلك أن حد) بسنة مثلاً (اقتفي) واتبع لزوماً للمرفق (و) إن أطلق و لم يقيد بزمن (عد) المعطى (في إرفاقه كالسلف) فلا بد من ترك المرفق مقدار ما يرى أن ذلك يرفق به بين الجيران.

فصل في حكم الحوز

ذكر (خ) وابن الحاجب وابن شاس وغير واحد من الشيوخ مسألة الحيازة آخر الشهادات لأنها كالبينة لصاحبها على تصديق دعواه واعلم أن ابن الحاجب قسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام: مشبهة توجب اليمين على المطلوب بمجردها كالصناع أي الدعوى عليهم والوديعة على أهلها، وبعيدة غير مشبهة كدعوى الحاضر على الحائز إلى آخر مسألتنا أفلا تسمع دعواه ولا بينته لتكذيب العرف لها، ومتوسطة بينهما كالدين فتسمع ويمكن مدعيها من إقامة البينة فإن عجز حلف المطلوب بعد إثبات الخلطة على المشهور وبدونه على الآخر، وبه العمل. ثم اعلم إن الحائز إما أجنبي من القائم أو قريب جداً كالأب مع ابنه أو الأجداد كسائر الأقرباء وكالأصهار والموالي، وفي كل من الأربعة إما أن يكون بين القائم

والمقوم عليه شركة أو لا. (والأجنبي) شريك أو غير شريك (إن يحز أصلاً) كدار أو حانوت يتصرف في ذلك وينسبه لنفسه ثم إن كان الأجنبي شريكاً فلا بد من الهدم والبناء أو نحوهما وإلا كفى ما دونه كالازدراع (بحق) أي بوجه شرعي كشراء أو إرث لا بغصب أو قال: لا أدري من أين صارت لي إلا أني اتصرف منذ عشر سنين على عينه خلافاً لما في (م) قال ابن رشد: معنى قوله في المدونة إن ادعاه ملكاً لنفسه أن يقول اشتريته منه أو وهبه لي أو تصدق به علي أو يقول ورثته عن أبي أو عن فلان ولا أدري بأي وجه تصير إلى الذي ورثته عنه، وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئاً من هذه فلا ينتفع به مع الحيازة إذا ثبت أصل الملك لغيره وبالله التوفيق اه. وقال أيضاً: مجرد الحيازة لا ينقل الملك ولكن تدل عليه كإرخاء الستر فيكون القول للحائز بسببها مع يمينه. (عشر سنين) لخبر من حاز شيئاً عشر سنين فهو له وبه العمل (فالتملك استحق) هو أي الحائز (وانقطعت حجة مدعيه) أي مدعي عن الشيء المحوز فلا تسمع له فيه دعوى ولا تقبل منه بينة (مع الحضور) للحوز ومع العلم فإن كان وارثاً وادعى أنه لم يعلم حلف وقضى له ومع السكوت (عن خصام فيه) فإن خاصم أثناء المدة أو كان غائباً فهو على حجته، وسيأتي فقوله: عن خصام يتعلق بمحذوف أي ساكت ولا بد أيضاً أن يكون سكوته لغير عذر مانع له من الكلام كخوف سطوة الحائز أو صغره هو أو سفهه لا جهله حكم الحيازة أو غيبة بينته وفي ذلك قلت:

ليس من المانع جهل الحكم

ولا مغيب شاهداً ورسم

ولا جهالة بدين في الاصح

والعذر بالدين وبالخوف اتضح

وصغر وسفه وجهل

بملك ما قد حيز من ذا الأصل

فرع: هل يطالب الحائز بوجه ملكه أو لا؟ ثالثها أن أثبت المدعي الملكية أو أقر له بها. ورابعها لابن القطان وابن عتاب لا يطالب إلا إن كان معروفاً بالغصب والاستطالة. ثم ذكر الناظم مسائل أربعاً متعلقة بقوله: وانقطعت حجة مدعيه فقال:

إلا إذا أثبت

القائم (حوزاً بالكرا)ء منه أو من أبيه للحائز أو لأبيه (أو ما يضاهيه) كالإسكان (فلن يعتبرا) الحوز حينئذ وتسمع بينته بالإكراء أو الإرفاق أو الإسكان (خ): وإن حاز أحنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه أي: فتقدم بينته وهو معنى أن الحيازة إنما تنفع فيما جهل أصله جملة الثانية، قوله: (أو يدعي) أي الحائز كما يدل عليه المعنى (حصوله) أي المحوز (تبرعاً من قائم) أي يدعي إن القائم أو موروثه وهب له ذلك أو تصدق به عليه (فليثبتن) الحائز (ما ادعا)ه من التبرع ويتم ملكه (أو يحلف القائم) ويأخذ شيئه، وهذا بخلاف ما لو ادعى الحائز الشراء من القائم فلا يكلف إثباته بل يكون القول له مع يمينه لحيازته وهي المسألة الثالثة المشار لها بقوله:

(واليمين له) أي على الحائز (إن ادعى الشراء منه) أي من القائم (معمله) خبر عن اليمين وله متعلق به واللام بمعنى «على» ويصح أن تكون على بابها والضمير للقائم أي وله اليمين على الحائز إن ادعى الشراء منه حال كونها معملة، هذا والراجح أنه لا فرق بين المسألتين وأن القول للحائز مع يمينه سواء قال: وهبته لي أو قال اشتريته منك كما مر في كلام ابن رشد. (و) حيث أعملنا قول الحائز في الشراء يبقى الكلام في الثمن فيقال: (يثبت) الحائز (الدفع) للثمن ليبرأ منه (وإلا) يثبته ف(الطالب له) أي عليه (اليمين) ما قبضه (والتقضي) أي قضاء الثمن ودفعه (لازب) أي لازم للحائز ويدفع من الثمن ما سماه إن أشبه وإلا فالقيمة ولا يسقط عنه إلا أن يطول الأمد إلى ما لا يتبايع الناس له فلو زاد الناظم:

إلا إذا طال الزمان أكثرا

من الذي له التبايع يرا

وإن يكن مدعياً إقالة

هذه المسألة الرابعة يعني إذا ادعى القائم الشراء من الحائز وأثبته فادعى الحائز أنه أقاله. (فمع يمينه) أي الحائز (له المقالة) فيحلف ويبقى الشيء بيده، ومفهوم مدعياً إقالة أنه إذ لم يدعها وإنما قال: ملكي وحوزي وورثته من أبي والحال أن القائم أثبت الشراء منه أو من أبيه أو جده، فإن القائم يأخذه، وهي مسألة ابن الحاج قال: إذا قام الرجل بعقد ابتياع من المقوم عليه أو من أبيه أو تاريخ الابتياع قبل القيام بعشرين عاماً فقال المقوم عليه: لي عشرون عاماً أملك وأنت حاضر فلم تقم. فقال: لم أجد وثيقة ابتياعي إلى الآن، فالواجب أن ليس هذا من باب الحيازة القاطعة لحق القائم، ولكن يحلف ما ترك القيام تسليماً ولا وجد عقده إلى الآن ويأخذه من يده اه. وهو صحيح ولا يعارضه ما تقرر من أن رسوم الأشرية بمجردها لا تفيد الملك ولا ينتزع بها من يد حائز كبينة السماع، وعلله سحنون بأن المحوز قد يبيعه من لا يملكه لأن محل ذلك ما لم يكن الشراء من الحائز نفسه كمسألة ابن الحاج، فإن العلة المذكورة منتفية فيها وبحث صاحب المعيار معه غير ظاهر وإن قبله (م) وقد أوضحنا ذلك في غير هذا والله أعلم. (والتسع) سنين (كالعشر) المتقدم ذكرها (لدى) عند (ابن القاسم أو الثمان) كذلك عنده (في انقطاع) حق (القائم) والمعمول به ما تقدم. ثم أشار إلى مفهوم السكوت والحضور فقال: (والمدعي إن أثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز) التي هي العشر سنين (انتفع) بإثباته أنه لم يزل متردداً عليه بالقيام في الأشهر والأعوام فإذا أثبت ذلك فله القيام بحجته قاله المشاور عن الاستغناء. قال ابن ناجي: والخصام الذي ينفع هو ما كان عند القاضي وإلاَّ فلا ينفعه. (وقائم ذو غيبة بعيدة) عن البلد الذي وقع فيه الحوز (حجته باقية مفيدة) لا يقطعها الحوز لبعده عن محله (والبعد كالسبع) مراحل (وكالثمان) فله القيام في ذلك، وظاهره بلغة العلم أو لا (وفي) انقطاع حجته

في (التي توسطت) كالأربع والخمس والست (قولان وكالحضور اليوم واليومان) مع الأمن فلا حجة له وهذا (بنسبة الرجال لا النسوان) فلا ينقطع حقهن مع الغيبة ولو على مسافة يوم. ثم أشار إلى مفهوم قوله والأجنبي فقال: (والأقربون) كالإخوان والأعمام وأبناء العم والخال وفي معناهم الأصهار والموالي (حوزهم) أي أمد حوزهم (مختلف بحسب اعتمارهم) أي تصرفهم في المحوز (يختلف فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار) للحوانيت (فهو

بما يجوز الأربعين) عاماً إذا لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة (وذو تشاجر كالأبعدين) يكتفي فيهم بعشر سنين (ومثله) أي مثل اعتمار ذي التشاجر (ما حيز بالعتاق ما كان) أي ناجزاً أو مؤجلاً أو كتابة أو تدبيراً (أو) تصرف فيه (بالبيع باتفاق) فيكون كالأجنبي فيقطع حق القائم بعشر سنين وفيه نظر، فإن البيع والعتق كالوطء يفوتان الشيء على المدعي إذا علم وسكت وإن لم تمض مدة الحيازة ولا فرق بين أجنبي وقريب وقد مر وحاضر بيع عليه ماله الخ. (وفيه) أي حوزهم (بالهدم) لما لا يحتاج لهدمه (وبالبنيان والغرس) أو قلعه (أو عقد الكرا قولان) أحدهما أنه بما يجوز الأربعين، والثاني أنهم معه كالأجانب تكفيهم العشر سنين (خ): وفي الشريك القريب معهما قولان، لا بين أب وابنه إلا أن يطول معهما ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم وأشار إلى مفهوم إن يحز أصلاً فقال:

وفي سوى الأصول

من العروض والحيوان وغيرهما (حوز الناس) الأجانب يكون (بالعام والعامين في اللباس. وما كمركوب) من الدواب (ففيه لزما حوز بعامين فما فوقهما) لا أدون منهما (وفي العبيد بثلاثة) من الأعوام (فما زاد حصول الحوز فيما استخدما) أي فيما كان منهم للخدمة وقسيمه قوله: (والوطء للإماء باتفاق مع علمه) أي القائم وسكوته بلا مانع (حوز على الإطلاق) طالت المدة أم لا، وأصل هذا التفصيل لأصبغ لأنه قال: أما الثياب فالحيازة فيها بوجه الملك على أجنبي حاضر عالم بذلك العام والعامان، والأمة مثل ذلك إلا أن يعلم ربها وطأها ولا يتكلم عند ذلك فلا كلام له بعده، وإن لم يكن طول حيازة والعبيد والعروض فوق ذلك بشيء نقله في المفيد، وعليه أيضاً عول غيره (خ): وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض اه. ومذهب ابن القاسم التسوية بين الأقارب والأجانب في الأصول وغيرها، ثم يحتمل كلام المصنف أن يقرر بقول أصبغ وأن هذا التفصيل في الأجنبي، وأما القريب فلا فرق في حوزه بين الأصول وغيرها كما في (خ) ويحتمل أن يبقى على عمومه في الأجنبي وغيره، وهو قول ابن القاسم وقد بحث مصطفى مع (خ) بأنه مشى على قول أصبغ وترك قول ابن القاسم. (و) إذا كان ماء غير متملك يجري على أقوام وتنازعوا فيه ف (الماء للأعلين) وهم الذين يمر عليهم أولاً (فيما قدما) بضم الدال أي تقدم غرساً أو زرعاً، وكذا لو ساوى الأسفلين بأن غرسوا دفعة قدم في السقي الأعلون فإن غرس الأسفلون أولاً فهو قوله: (والأسفل الأقدم) غرساً أو زرعاً (فيه) أي الماء (قدما) بالتشديد مبنياً للمجهول يمسك الماء للكعب ثم يرسله للآخر بهذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مهزور ومذينب وهما واديان من أودية المدينة سائلان بالمطر فتنافس فيهما أهلهما وأنه يمسك الأعلى للكعبين ثم يرسل على الأسفل قاله ابن رشد.h قال: والأظهر قول الأخوين وابن وهب أنه يرسل ما زاد على الكعبين لا جميع الماء كما يقوله ابن القاسم. (وما رمى البحر به من عنبر ولؤلؤ) وخرز وصدف (واجده به حري) إذا لم يملك لأحد (خ) وما لفظه البحر كعنبر فلواجده بلا تخميس.

فصل في الاستحقاق

ابن عرفة: هو دفع مالك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض، وأخرج بقوله بغير عوض ما وجد في المغانم بعد بيعه أو قسمه فإنه يؤخذ بعوض كما يأتي وحكمه الوجوب في الربع بناء على أنه لا يمين فيه، وإلا فمباح لأن الحلف مشقة قاله ابن رشد وقبله الحطاب وغيره، و لم يظهر لي وجه للوجوب، والظاهر أنه مباح مطلقاً ويتم بالبينة كما قال:

المدعي استحقاق شيء

أي ملكيته (يلزم بينة مثبتة ما يزعم) بأن تشهد على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي ومال من ماله لم يزل في حوزه وتحت يده يتصرف فيه وينسبه لنفسه من غير منازع له في ذلك ولا معارض مدة من عشرة أشهر فأكثر، ولا يعلمونه باعه ولا فوته ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه إلى أن ألفاء الآن بيد فلان، ويؤدون على عينه إن أمكن فإن كانت داراً أو نحوها بعث القاضي من يحوزها كما يأتي ذلك ويؤمر المدعي بهذا الإثبات. (من غير تكليف لمن تملكه) أي الشيء المستحق (من قبل ذا) أي الاستحقاق (بأي وجه ملكه) ويكفيه قوله: ملكي وحوزي حتى يثبت المدعي ما ينافيه. قال ابن سلمون: من ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي بيده فلا يكلف أن يذكر من أين صار له ذلك ولا بأي وجه تملكه وعلى المدعي إثبات تملكه، فإذا أثبته على ما يجب سئل المطلوب حينئذ وهل من شروط الإثبات أن يحلف المستحق أن الشيء ملكه وأنه لم يخرج عن ملكه إلى الآن لأن البينة إنما شهدت على العلم أو لا يمين عليه في ذلك ثلاثة أقوال. ثالثها: وهو المعمول به عند الأندلسيين يحلف في العروض والحيوان ونحوهما ولا يحلف في الأصول وعليه مشى الناظم إذ قال: (ولا يمين في أصول ما استحق) وعلل بأن انتقال الملك فيها لا يكاد يخفى قال المتيطي: واتفقوا في غير الأصول أنه لا يقضى لمستحق شيء من ذلك حتى يحلف. وقال ابن سلمون: واليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون. وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان وإليه أشار بقوله: (وفي سواها) أي الأصول (قبل الإعذار) للمستحق منه (يحق) الحلف. وما ذكره من تقديم الحلف على الإعذار مثله في نوازل ابن الحاج، وهو خلاف ما في المتيطي وأبي الحسن على المدونة من أن الإعذار هو السابق لأن يمينه إنما هي استبراء، وإذا أعذر للمستحق منه فلا يخلو إما أن يسلم ولا ينازع فيكون له الرجوع على بائعه أو ينازع ويدفع فلا رجوع له وهو معنى قوله:

وحيثما يقول

المستحق منه (ما لي) أي ليس لي (مدفع) في حجتك (فهو على من باع منه يرجع) بما أعطاه من الثمن، ثم إن كان البائع معه في البلد فواضح وإن كان ببلد آخر فله أن يذهب بالدابة ليرجع عليه بعد أن يضع قيمتها ببلد الاستحقاق. قال ابن سلمون: فإذا أثبت ذلك قوم المستحق ووضعت القيمة على يد أمين وأجل في ذلك ودفع له المستحق قال: وإن كانت جارية لم تدفع إليه حتى يثبت أنه مأمون عليها وإلا دفعت إلى أمين ثقة يتوجه بها معه يستأجره هو وكذا نفقتها في ذهابها ورجوعها وأجرة حملها ويؤجل في ذلك بقدر بعد الموضع منه، فإن رجع بها عند الأجل وإلاَّ قبض المحكوم له القيمة، فإن جاء بها وقد نقصت خير في أخذها أو القيمة انظر تمامه، وظاهره أن البائع ليس له الذهاب بها إلى بائع آخر، وفي المقدمات له ذلك وكذلك الثالث والرابع وهلم جرا. (وإن يكن له مقال) أي ادعى ذلك (أجلاً) أي أجله القاضي على ما مر في صدر الكتاب (فإن أتى بما يفيد) ه في إبطال دعوى المستحق وحجته (أعملا) ما أتى به وبقي الشيء بيده (و) إن لم يأت بشيء وعجز عن الدفع ف (ما له في عجزه رجوع على الذي كان له) الشيء (المبيع) ثم باعه منه قال في الوثائق المجموعة: فإن ادعى مدفعاً و لم يأت به حكم عليه بعد اليمين الذي ثبت به الملك و لم يكن له قيام على من باعه لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي شهدت للمستحق، فإذا كذبها لم يجب له بها قيام وإن قال: لا مدفع لي وأريد الرجوع عقد ذلك من مقاله واستحلف المستحق وكان له الرجوع اه. وهو ظاهر في تأخر الحلف على الإعذار كما قلنا، وقد قيل أيضاً: إن للمستحق منه أن يرجع بعد المخاصمة والعجز.

والأصل

إذا استحقه رجل ادعى ملكيته وطلب أن يوقف له وأن تدفع عنه يد من هو بيده لم يجب لذلك بمجرد دعواه و (لا توقيف فيه إلا مع شبهة قوية تجلى) أي تتضح كشهادة واحد عدل أو اثنين محتاجين للتزكية أو عدلين وبقي الإعذار وأجمل اتكالاً على ما تقدم في باب الشهادات. (وفي سوى الأصل) من العروض والحيوان يوقف (بدعوى المدعي بينة حاضرة في الموضع) كما مر ذلك أيضاً في قوله ومدعي كالعبد والنشدان الخ (وما له عين) أي ذات يمكن نقلها فهو من حذف الصفة كقوله: ورب أسيلة الخدين بكر مهفهفة لها فرع وجيد أي فرع فاحم وجيد طويل بقرينة المدح فكذلك هنا بقرينة البيان بقوله من حيوان وغيره (عليها يشهد) خبر المبتدأ (من حيوان أو عروض توجد) تتميم أي لا بد أن يؤدي شهود الملك شهادتهم على عين ذلك الحيوان أو العروض عند القاضي. قال ابن الحاج: ولا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بشهادة العدول على عينه والإعذار إلى الذي هو بيده ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحكم، فإذا ثبت الاسترعاء واليمين أعذر للذي ألفى ذلك في يده وخير بين الدفع والرجوع ثم أشار إلى ما لا ينقل وأن الحوز فيه كاف عن حضوره عند الحاكم لتعذره وشغل القاضي عن الذهاب إليه فيقدم من يحوزه (و) أنه (يكتفي في حوز الأصل المستحق) كدار أو حانوت (بواحد عدل) لأنه كالنائب عن القاضي في الأداء عنده (والاثنان أحق) لشبهه بالشهادة فإذا شهد عدلان بملكية المستحق للدار الفلانية واستمرارها وجه القاضي عدلين يحوزانها إما الشاهدين بملكيتها

أو غيرهما، وعدلين آخرين يشهدان بثلاثة أمور على القاضي بصحة رسم الملكية وبتوجيه العدلين للحيازة وعلى عدلي الحيازة بالحيازة إذ لا يشهدان على فعل أنفسهما فإن كان الموجهان للحيازة هما الشاهدان بالملكية فالمجموع أربعة، وإن كان غيرهما فستة فإذا حازاها وتطوفا بها قالا للموجهين هذه التي حزناها هي التي شهدنا بملكها أو شهد بملكها عند القاضي فلان،

والصحيح المعمول به أنه لا إعذار في شهادة الموجهين كما مر عند الناظم. وقال ابن رشد في نوازله لا إعذار في شهود الحيازة لأنهما نائبان عن القاضي، وإن وجه شاهداً واحداً لذلك أجزأه والاثنان أولى اه. ثم محل الحيازة والتوجيه لها إذا اختلف الخصمان في حدود ذلك الأهل كأن يقول المطلوب هذه الدار المشهود لك بها ليست التي بيدي أما إذا اتفق على حدودها وأنها هي كدور الحاضرة المتصل بعضها ببعض ولا يقع في حدودها اختلاف غالباً فلا يحتاج في استحقاقها إلى حيازة وهو معنى قوله: (وناب عن حيازة الشهود توافق الخصمين في الحدود) قال في المقرب، قال محمد: الذي تجري عليه الأحكام أن القاضي لا يحكم بشهادة الشاهدين حتى يحوزا إما يشهدان به من دار أو أرض إلا أن يتفق الخصمان على صفة الأرض وحدودها أو الدار ويقر المقوم عليه أن ذلك بيده فتسقط الحيازة ولا يكلفها القائم اه.

وواجب

يجب على القاضي (إعمالها) أي الحيازة (إن الحكم بقسمة على المحاجير حكم) أي إذا سأله الورثة أو بعضهم أن يقسم لهم داراً مثلاً ورثوها أن لا يفعل حتى تثبت عنده ملكية المالك لها وحيازته إلى أن مات اه. (وجاز أن يثبت ملكاً) كأرض أو جنان (شهدا) لا يعرفون حدود الأرض أو الجنان ولا يقدرون الأرض على حيازته (وبالحيازة) فقط (سواهم شهدا) ولا يشهدون بالملك لكونهم لا يعرفون ربه إلا أنهم كانوا يخدمون ويعملون ويقفون على حدوده وإليها ينتهون (إن كان ذا تسمية معروفة) كحجاجة ومزيود (ونسبة مشهورة مألوفة) كجنان الخادم وعرصة الجيار فتشهد بينة بأنها ملك لفلان وفلان وأخرى بأن حدها من جهة كذا وكذا. قال مالك في أرض شهد قوم بملكها وآخرون بحدودها قال: هي تامة. قال ابن رشد: هذا كما قال من إن الشهادة في الأرض على الملك تلفق إلى الشهادة فيها على الحوز، ولما أنهى المؤلف الكلام على استحقاق الكل أشار إلى الحكم في استحقاق البعض، وحاصله مع تحرير وتتميم أن المستحق بعضه إما مثلى أو مقوم، والمقوم إما أن يستحق منه بعض معين أو شائع، والشائع إما أن يكون فيما يقبل القسمة كمتعدد من حيوان أو عروض أو دار متسعة أو دور أو فيما لا يقبلها كدار ضيقة أو عبد واحد أو شجرة، وفي كل من الأقسام الأربعة إما أن يكون البعض قليلاً أو كثيراً، ففي المثلى إن كان المستحق قليلاً رجع بحصته من الثمن ولا رد له وإن كان كثيراً خير في الرد والتمسك بالباقي بما ينوبه من الثمن وإليه أشار بقوله: (ومشتري المثلى مهما يستحق) منه (معظم ما اشترى) وهو ما جاوز الثلث (فالتخيير حق) الجملة جواب مهما وهي مع جملتها خبر المبتدأ وعلق بالتخيير قوله: (في الأخذ للباقي من المبيع بقسطه) من الثمن (والرد للجميع) أي جميع الباقي ويأخذ ثمنه كله (وإن يكن منه اليسير) بالنصب خبر يكن (ما استحق) اسمها ومنه حال من ما لا متعلق باستحق لأن معمول الصلة لا يتقدم على الموصول أي:

وإن يكن المستحق من المثلى اليسير ف (يلزمه الباقي بما له يحق) من الثمن. وفسر الشارح اليسير هنا بالثلث فيكون المعظم ما فوقه وفي نظم الأجهوري: أن الثلث من الكثير فيكون اليسير ما دونه ونصه: ثم الكثير الثلث في المثل وفي مقوم ما فات نصفاً فاعرف. وفي المقوم المعين إن كان قليلاً وهو النصف فدون وجب الرجوع بالحصة من الثمن ولا رد له، وإن كان كثيراً وهو ما زاد عليه وجب رد الباقي ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره وهو قوله: (وما له التقويم) أي والمبيع المقوم (باستحقاق أنفسه يرد بالإطلاق) أي ولو رضي المشتري بالتمسك بالباقي بما ينوبه (إن كان) ذلك (في معين) كعبدين استحق أفضلهما أو خمسة أثواب متساوية استحق ثلاثة منها (ولا يحل إمساك باقيه) بعد الاستحقاق (لما فيه جهل) أي للجهل في الباقي أي في ثمنه فما مصدرية (وإن يكن) المستحق (أقله فالحكم أن يرجع في حصته من الثمن) ولا رد له، وأما المقوم الشائع فالذي يقبل القسمة أن كثر خير وإن قل رجع بالحصة لا غير كالمثلى، وفي الذي لا يقبلها يخير مطلقاً و لم يحرر الناظم القول في هذين، بل قال: (وإن يكن على الشياع المستحق وقبل) الكل المستحق منه (القسمة) كربع أو عشر من أرض أو ثياب متعددة أو دار تقبل القسمة على ذلك من غير ضرر (فالقسم) مفعول بقوله (استحق) أي فالذي يستحقه المستحق منه هو المقاسمة مع الأخذ والرجوع على البائع بثمن المأخوذ وظاهره قل أو كثر وليس كذلك، وإنما هذا في القليل وأما في الكثير فله رد الباقي وهو مختلف، ثم قال: (والخلف في تمسك بما بقي) بعد الاستحقاق هل له أن يتمسك به (بقسطه) من الثمن أو لا، وذلك (مما) أي فيما (انقسامه اتقى) يعني في الشائع الذي لا يقبل القسمة كالدار الضيقة والشجرة الواحدة أو العبد و لم أر من قال: إنه لا يجوز التمسك بالباقي في هذا القسم، والذي في الشارح والحطاب وغيرهما فيه أن المستحق منه مخير بين التمسك والرد وإن قل لضرر الشركة.

تنبيه، قال الزرقاني: الربع المتخذ للغلة كالقابل للقسمة فلا يخير فيه ولا في استحقاق الكثير قال: والكثير في المثلى والدار الواحدة الثلث وفيما تعدد من الدور ما زاد على النصف كالحيوان والعروض والنصف في الأرض كثير اه. ومثله في الأجهوري في نظمه. ثم أشار إلى حكم ما يوجد من مال المسلم في الغنيمة قبل القسم أو بعده فقال:

وإن يكن في الفيء

أراد به الغنيمة بدليل قوله قبل قسم المغنم الخ. أو ما يشملهما أي الغنيمة والفيء لأن الظاهر أن حكمهما واحد. (مال المسلم) أو الذمي (فهو له) مجاناً (من قبل قسم المغنم) وظاهره أنه له بمجرد قوله، وقيل مع اليمين، وقيل لا بد من الثبوت بالبينة ابن الحاجب، وإذا ثبت أن في الغنيمة مال مسلم أو ذمي الخ. وقيل تكفي معرفة الواحد من الجيش (خ): وأخذ معين وإن ذمياً ما عرف له قبله مجاناً وحلف (وإن يقم من بعد ما قد قسما) المغنم أو من بعد بيع ذلك الشيء (فهو به) أي فربه (أولى) به (بما تقوما) به يوم القسم أو بما بيع به، فإن لم يحضر ربه وعرف حمل له إن كان الحمل خيراً وإلا بيع له وإن لم يعرف إلا أنه علم أنه مال مسلم كالبخاري ومسلم، فالمشهور يقسم تغليباً لحق المجاهدين، وإن كان عبداً أو أمة وعلى الآخذ لشيء من ذلك إن عرف أن لا يتصرف فيه ولا يطأ الأمة حتى يخير المالك، فإن قدم الحربي بأمان وفي يده شيء من أموال المسلمين مما غنمه الكفار لم ينزع منهم وكره لغير مالكه اشتراؤه منه، ومن اشتراه منه أو قبله هبة لم ينتزع منه وهو قوله: (ومشتر وحائز) بهبة أو صدقة أو غيرهما (ما ساق من أمن لا يؤخذ منه بالثمن) ولا بغيره كان بيد

مسلم أو ذمي بخلاف ما اشترى منهم أو وهب بدار الحرب فلمالكه أخذه بالثمن في البيع وبلا شيء في الهبة (خ): ولمسلم أو ذمي أخذ ما وهبوه بدارهم مجاناً وبعوض به أي يأخذه بذلك العوض إن لم يبع فيمضي ولمالك الثمن في الموهوب أو الزائد

على الثمن الأول في البيع (ويؤخذ المأخوذ من لص) يأخذ أموال الناس على وجه النهب والتعدي فيأتي من له وجاهة وحرمة أو يعتقد فيه فيأخذه منه فما أخذه منه (بلا شيء) فهو لربه بلا شيء (وما يفدى) بعوض يأخذه ربه (بما قد بذلا) أي أعطى فيه، وهذا هو المختار عند ابن عبد السلام وغيره لحاجة الناس إليه. قال ابن ناجي: اختلف المذهب فيما فدي من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه مجاناً أو بما فداه؟ وهو الذي يميل إليه بعض من يرتضى من شيوخنا لكثرة النهب في بلدنا فيأتي من له وجاهة عند الأعراب أو من يعتقدون فيه إجابة الدعوة فيفتدي منهم بعض ما نهبوه بأقل من قيمته، فلو أخذه مالكه منه بغير شيء كان سداً لهذا الباب مع شدة حاجة الناس إليه قال: وبه كان يفتي شيخنا الشبيبي قائلاً: إلا أن يكون ربها قادراً على تخليصها بغير شيء ولا يبعد أن يكون هذا مراد من ذهب إلى القول الثاني. قال ابن هارون: والقولان إذا لم يقصد الفادي تملكه وإلاَّ أخذ مجاناً كالاستحقاق. ابن عبد السلام: وكثيراً ما يسئل بعض من هو منتصب لذلك هل له الأجرة فإن كان يدفع الفداء من عنده فلا شك في المنع لأنه إجارة وسلف وإلاَّ ففيه للنظر مجال. قلت: وقد يغتفر ذلك للضرورة كالسفاتج إذا عم الخوف مع أن فيها صريح السلف بمنفعة للحاجة إليها.

فصل في العارية والوديعة والأمناء

العارية مأخوذة من التعاون يقال: هم يتعاورون العواري أي يتداولونها بينهم ويأخذون ويعطون. وفي الشرع تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض، فخرج البيع والحبس والإجارة وتطلق بالمعنى الاسمي فيقال: هي مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. وحكمها في الأصل الندب لأنها معروف وقد تجب كإبرة اضطر لها لجائفة ونحوها.

وما استعير

أي شيء كان (رده مستوجب) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «العارية مؤداة» أي يجب ردها لربها ولا يتركها بعد قضاء وطره حتى يأتي ربها إليها. وفي الحديث إشعار بما اختاره ابن رشد أن أجرة ردها ما عليه (خ): ومؤنة أخذها على المستعير كردها على الأظهر وفي علف الدابة قولان. (وما) نافية (ضمان المستعير يجب إلا بقابل) أي إلى مع مستعار قابل (المغيب) أي الغيبة عليه كالحلي والثياب والآلات حال كونه (لم تقم بينة عليه أنه) أي بأنه (عدم) أو هو بدل اشتمال من الضمير قبله (أو ما المعار فيه) متعلق بقوله (قد تحققا) أو بقوله (تعد أو فرط فيه) المستعير (مطلقا) كان مما يغاب عليه أو لا وحاصله أنه يضمن ما يغاب عليه إلا أن تقوم على هلاكه بينة ولا يضمن غيره كالحيوان والعقار ولو بشرط إلا أن يثبت عليه تعد أو تفريط. قال في المقدمات: ويضمن القيمة يوم انقضاء العارية على ما نقصها الاستعمال

(خ): وحلف فيما علم أنه لا بسببه كسوس أنه ما فرط ومثل السوس قرض الفار عند التونسي. ابن عرفة: وفيها مع الموازية لمالك ما ثبت أنه قرض فار دون تضييع فهو من ربه وإن جهل تضييعه وأنكره ففي ضمانه حتى يثبت عدم تضييعه قولان اه. (ز): ويؤخذ من هذه المسألة أنه يجب عليه تفقد العارية، وكذا يجب تفقد الرهن والمودع ونحوها، وأما الفأس أو المنشار يلقى به مكسوراً ويقول انكسر فيما أعرتني فيه فقال ابن القاسم: لا يصدق وهو ضامن إلا أن يأتي بالبينة (خ): وبرىء في ككسر سيف إن شهد له أنه كان معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله اه. وهذا قول ابن القاسم في المدونة، وقال مطرف وعيسى: لا ضمان عليه إذا ذكر ما يشبه، وصوبه ابن يونس وابن رشد فإن شرطا إسقاط الضمان فيما يضمن فقولان. (والقول قول مستعير حلفا) صفة المستعير أي القول له بيمين (في رد ما استعار) ه (حيث اختلفا) أي هو والمعير في ذلك، وهذا إذا كان مما لا يغاب عليه كالدابة وسائر الحيوان وإلا فالقول للمعير مع يمينه، ولذا قال: (ما لم يكن) الشيء المعار (مما يغاب عاده عليه) كالعروض من الثياب والحلى وغيرهما والسفينة سائرة لا مرسلة (أو) مما لا يغاب عليه و (أخذ بالشهادة فالقول للمعير فيما بينه) ادعاه من عدم ردها (ومدعي الرد عليه البينة) ولذا قال ابن رشد: من حق المستعير أن يشهد على المعير في رد العارية وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد بخلاف الوديعة اه. (والقول في) اختلافهما في (المدة) كيومين أو شهرين وقال المعير ليوم أو شهر وكان ذلك قبل الاستعمال (للمعير مع حلفه وعجز مستعير) عن إثبات ما ادعاه فإن أثبته بالبينة أو نكل المعير عن اليمين فالقول له والمسافة في الدابة كالمدة في غيرها ولذا قال: (كذاك) أي القول للمعير (في مسافة لما ركب) أي يركب إذا اختلفا (قبل الركوب ذا) أي كون القول للمعير مع حلفه (له فيه) أي في الاختلاف المذكور (يجب). والمعنى أنهما إذا اختلفا في المسافة فقال: أعرتني لبلد كذا. وقال: بل أعرتك لكذا بلد أقرب منها فإن كان اختلافهما قبل الركوب فالقول للمعير لأن الأصل هو العدم فلا يخرج عن ملكه إلا ما أقر به (والمدعي) وهو المستعير (مخير) بين (أن يركبا مقدار ما حد له أو يذهبا) بسلام (والقول من بعد الركوب) للمسافة المختلف فيها (ثبتا للمستعير) لأن الأصل هو عدم العداء (إن بمشبه أتى وإن أتى فيه بما لا يشبه) كمسافة لا يعير الناس أو هذا المعير لها (فالقول للمعير لا يشتبه) أي لا لبس فيه (و) إن ادعى الآخذ لدابة مثلاً من غيره العارية وادعى ربها الكراء ف (القول قول مدعي الكراء في ما يستعار مع يمين) منه على ذلك (اقتفي) حال. قال ابن القاسم: إلا إن يكون مثله لا يكري الدواب لشرف قدره وعلو منصبه، وإليه أشار بقوله: (ما لم يكن ذلك لا يليق به) أي مدعي الكراء (فقلب القسم) على المستعير (التحقيق) فيحلف ولا كراء عليه ثم أخذ في الكلام على بعض أحكام الوديعة، وهي بالمعنى المصدري توكيل بحفظ مال
واسما مال نقل بمجرد حفظه فقال:
3

فصل في الوديعة

ويضمن المودع

بفتح الدال الوديعة (مع ظهور مخايل التضييع) منه كلبس الثوب وركوب الدابة وسقوط شيء من يده على الآنية فانكسرت (والتقصير) كإيداعها بلا عذر أو نسيانها في موضع إيداعها أو دخول الحمام بها أو خروجه بها يظنها له فتلفت لا إن نسيها في كمه وقد أمره بذلك فوقعت، والظاهر أن التقصير لا يستلزم التضييع إذ قد ينشأ عنه وقد لا (ولا ضمان فيه) أي التقصير (للسفيه) أي عليه فاللام بمعنى «على» مثل: **وإن أسأتم فلها}** (الإسراء:7) (ولا) على (الصغير مع ضياع فيه) أي التقصير بل لا ضمان عليهما ولو تعمدا الإتلاف لأن ربها قد سلط عليها من هو محجور عليه، ولو ضمن المحجور بطلت فائدة الحجر إلا أن يصونا بذلك مالهما ويصرفاه فيما لا غنى لهما عنه فيرجع عليهما بالأقل مما أتلفا أو صونا، فإن ذهب ذلك المال الذي صونا ثم أفادا غيره لم يتبعا فيه قاله في التوضيح عن اللخمي. وفي المختصر: وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو أقرضه أو باعه فأتلف لم يضمن وإن بإذن أهله وسيأتي في كلام الناظم: وكل ما أتلفه المحجور الخ. (والتجر بالمودع) مقوماً كان أو عيناً أو مثلياً (من أعمله) أي التجر (يضمنه) أي المودع (والربح) الحاصل (كله له) أي المتجر لضمانه للأصل غير أنه إن كان المودع معدماً أو كانت الوديعة مقوماً حرم ذلك، وإن كانت عيناً أو مثلياً وهو مليء كره (خ): وحرم أي على المودع سلف مقوم ومعدم وكره النقد والمثلى كالتجارة والربح له، واختلف في الغاصب هل يطيب له الربح إذا رد رأس المال. (و) إذا طولب المودع برد الوديعة فادعى التلف أو قال: رددتها ونازع ربها في تلك ف (القول قول مدع فيما تلف) مطلقاً قبضها بإشهاد أو لا لأنه أمين (و) القول له (في ادعاء ردها مع الحلف) راجع لهما بقيد في الثاني وهو قوله: (ما لم يكن يقبضه) أي الشيء المودع (ببينة فلا غنى في) دعوى (الرد) عن (أن يبينه) بأن يقيم عليه البينة. وحاصله أن القول له في التلف مطلقاً، وفي الرد ما لم يقبضها ببينة زاد اللخمي: مقصودة للتوثق ولما ذكر أن المودع والمستعير كل منهما أمين لا ضمان عليه ناسب أن يذكر الأمناء كلهم كما أشار له في الترجمة فقال:

والأمناء

جمع أمين (في الذي يلونا) مضارع ولي الأمر يليه إذا تولاه بوجه من الوجوه (ليسوا لشيء منه) أي من الذي يلون (يضمنونا كالأب) مصدق فيما يدعيه من تلف مال ابنه وما قبضه من صداق ابنته البكر (والوصي) كذلك.(خ): وقبضه مجبر ووصي وصدقا ولو لم تقم بينة، وكذا وصي الوصي إلا في دفع مال اليتيم له بعد بلوغه فلا يصدقان، وأفاد بالكاف أنهم غير محصورين في السبعة عشر التي ذكر فيدخل الزوج والزوجة فيما لا يغاب عليه من الصداق إذا طلق قبل البناء (خ): وضمانه إن هلك ببينة أو كان مما لا يغاب عليه منهما، والمواضعة إذا كانت تحت يد المشتري ونهياً عن أحدهما ومن قلب فخاراً أو زجاجاً بين يدي ربه فتلف فلا ضمان عليه، والوارث إذا طرأ عليه دين أو وارث وادعى تلف ما كان بيده، فإنه يصدق فيما لا يغاب عليه كالحيوان إلا أن يظهر كذبه (والدلال) ويقال له السمسار وقيده بعضهم بما إذا كان من أهل الخير، واختاره ابن رشد وعليه مر (خ) إذ قال: وسمسار ظهر خيره على الأظهر، وقيل يضمن مطلقاً

وبه العمل في السمسار المنتصب لذلك يأخذ الثياب ونحوها للبيع فيدعي التلف فلا يصدق بخلاف أخذ العبيد والدواب، فإن هذا بمنزلة الراعي المشترك قاله الشيخ أبو علي بن رحال، ورجح في الراعي المشترك عدم الضمان ثم قال: ولا أقدر أن أفتي به لفساد الزمان وكثرة الخيانة، بل الذي نختاره هو الضمان مع توقفي أيضاً عن الإفتاء به اه. ويأتي كلام غيره. (ومرسل) بفتح السين (صحبته بالمال) ليشتري به بضاعة أو ليوصله لإنسان فيصدق إذا قال: تلف (وعامل القراض) مصدق في التلف

والخسر والرد إن قبض بلا بينة كما مر (والموكل) على قبض أو دفع مفوض أو لا بأجره أو لا. (وصانع) كخياط أو صباغ (لم ينتصب للعمل) وإنما شأنه أن يعمل لنفسه (وذو انتصاب) للصنعة (مثله) أي مثل غير المنتصب (في عمله بحضرة الطالب) بحيث لم يغب على السلعة (أو) غاب عليها ولكن (بمنزله) أي في منزل رب المصنوع (والمستعير مثلهم) عن ما مر (والمرتهن في غير قابل المغيب) أي الغيبة كالعقار والحيوان كما تقدم (فاستبن) تتميم (ومودع لديه) في التلف مطلقاً وفي الرد إن قبض بلا بينة (والأجير فيما عليه الأجر) أي أجير الصانع فالصانع يضمن بشروطه وأجيره لا ضمان عليه لأنه صانع لخاص، وحينئذ فلا ضمان عليه غاب أم لا وشمل كلامه الأجير على غسل ثوب فادعى تلفه إذا لم يكن منصوباً لذلك (والمأمور) بسقي دابة مثلاً أو تسييرها أو جبذ ثوب إذا كان ذلك بغير أجر وإلا دخل في الأجير على أنه قد يدخل في الوكيل (ومثله الراعي) غير المشترك، وأما المشترك يأتيه كل واحد بدابة أو بقرة ففي المجالس والزقاقية.

ونقله ابن غازي في تكميل التقييد عن العبدوسي أن الذي جرى به العمل فيه هو الضمان وإن كان قول ابن المسيب لقلة الأمانة مع شدة الحاجة بالناس لذلك فأشبه تضمين الصانع. قال القاضي أبو عبد الله العربي برد له: ونحن نتبعهم في عملهم ولا نزيد وذلك فيما يظهر لنا أسلم ديناً ودنيا والتعرض لرد ما جرى به العمل ليس بالأمر الهين اه. والله أعلم. (كذا ذو الشركة في حالة البضاعة المشتركة) كانت شركة مفاوضة أو عنان وأيديهما تجول فكل أمين (وحامل للثقل بالإطلاق) سواء حمل على ظهره أو على دابته أو في سفينته فرط أو لا كان المحمول مقوماً كثياب وعروض أو مثلياً كقطن وحناء أو غيرهما إلا الطعام (وضمن الطعام باتفاق) إذا لم تقم بينة على تلفه ولا كان ذلك بحضرة ربه لسرعة تناول الأيدي له، وبه قال الفقهاء السبعة: فخذهم عبيد الله عروة قاسم. سعيد أبو بكر سليمان خارجة. ويفهم من كلام الناظم وما ذكره من القيود أنه قد يضمن الصانع والمستعير والمرتهن والأجير والحامل وكذا المودع وعامل القراض أخذاً مما مر والوصي والأب والزوج والزوجة لما قدمناه.

والقول قولهم

أي الأمناء المتقدمين (بلا يمين والاتهام غير مستبين) الجملة حال (وقيل) القول لهم (من بعد اليمين مطلقاً) كانت تهمة أم لا (والأول) وهو عدم اليمين إذا لم تكن تهمة (الأولى لدى من حققا) وجعل الشارح الجملة من قوله: والاتهام غير مستبين مستأنفة، والمعنى أن الاتهام لمن ذكر مع تأمينهم غير بين اه. والأول أظهر والنقل مساعده ففي أصول الفتيا أن القول لهم بلا يمين إلا أن يكون المدعى عليه ممن يتهم مثله فتجب عليه اه. (وحارس الحمام) الذي يحرس للناس ثيابهم فيه بأجرة يأخذها منهم (ليس يضمن) قاله مالك. قال ابن لبابة: وسواه خطأ وضمنه ابن حبيب، وإليه أشار بقوله:

(وبعضهم يقول بل يضمن) ومحل الخلاف ما لم يفرط قال ابن القاسم: ولو قال جاءني إنسان فشبهته بك فدفعت له الثياب ضمن. اللخمي: وكذا لو رآه يأخذها فتركه ظناً أنه أنت اه. وما لم يكره صاحب الحمام بأجرة في ذمته وإلاَّ لم يضمن بلا خلاف قاله في التوضيح عن البيان.

فصل في القرض وهو السلف

القرض جائز

بل مندوب لأنه معروف. وفي الحديث: «اطلعت على باب الجنة فرأيت درهم الصدقة بعشرة ودرهم القرض بثمانية عشر فسألت جبريل فقال: إن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره والقرض لا يسأله إلا المحتاج». وإنما عبر بالجواز لأجل قوله: (وفعل جار في كل شيء) من النقد والطعام وغيرهما من المثليات والمقومات والحيوان (ما عدا الجواري) لأن للمقترض أن يرد الشيء بعينه بعد الغيبة عليه والانتفاع به ما لم تتغير صفته، فلو جاز في الجواري لكان يستمتع بها المقترض ما شاء ثم يردها فيؤدي إلى إباحة الفرج والوطء من غير نكاح ولا ملك يمين فإن أمن ذلك بكون الجارية لا تحل للمستقرض أو كان صبياً أو امرأة جاز (وشرطه) أي القراض (أن لا يجر منفعة) لغير المقترض (و) قرض (حاكم بذاك) أي بجر المنفعة كمسلفه قمحاً قديماً أو سايساً ليأخذ جديداً أو سالماً (كل منعه) إلا أن يقوم دليل على أن القصد نفع المقترض فقط كغلاء وحاجة بالناس بحيث لو باعه أمكنه أن يشتري بثمنه في زمن الرد مثله أو أكثر فيجوز (وليس باللازم) للمقترض (أن يردا) القراض (قبل انقضاء أجل قد حدا) بنص أو عادة (خ): وملكه أي بالعقد و لم يلزم رده إلا بشرط أو عادة كأخذه بغير محله فلا يلزم المقرض قبوله إلا العين في أمن (وإن رأى مسلف) بفتح اللام (تعجيله) لربه قبل الأجل (ألزم من سلفه قبوله) و لم يكن له أن يمتنع منه ولو كان طعاماً أو عروضاً كثيرة.

باب في العتق وما يتصل به

العتق. لغة الخلوص، ومنه البيت العتيق لخلوصه من يد الجبابرة، والكرم تقول: ما أبين العتق في وجه فلان أي الكرم والحرية، وهو المراد هنا. ابن عرفة: هو رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي فخرج بقوله حقيقي استحقاق العبد بحرية، وبقوله لا بسباء محرم فداء المسلم لأن ملك الحربي له بسباء محرم ولا ترد الهبة لأن الملك انتقل فيها و لم يرتفع جملة.

العتق

على أربعة أوجه (بالتدبير) وهو تعليق مكلف رشيد العتق بموته لا على وجه الوصية كأن يقول: دبرتك أو أنت مدبر أو حر عن دبر مني أو حر بعد موتي بالتدبير أو حر بعد موتي لا يغير عن حاله (والوصاة) بفتح الواو أي الوصية كقوله: إن مت من مرضي هذا أو سفري فهو حر أو حر بعد موتي بيوم أو شهر أو حر بعد موتي وأطلق و لم يرد التدبير.
(وبالكتابة) وتأتي (وبالبتات) أي التبتيل كأعتقتك أو حررتك أو أنت حر ولو في هذا اليوم فيلزم العتق ويستمر دائماً إلا لقرينة مدح أو خلف أو دفع مكس، ففي المدونة: ومن عجب من عبده أو من شيء رآه منه فقال: ما أنت إلا حر. أو قال له تعال يا حر و لم يرد الحرية، وإنما أراد أنك تعصيني وأنت في معصيتك إياي كالحر فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء اه. (وليس في التدبير و) لا في (التبتيل إلى الرجوع بعد) أي بعد عقدهما وصدور صيغتهما (من سبيل) هو اسم ليس ومن زائدة، وإلى الرجوع يتعلق به. وفي التدبير الخبر أو متعلق بالرجوع وهو الخبر، والتقدير: ولا سبيل إلى الرجوع في التدبير ولا في التبتيل إلا لدين سابق فيهما أو لاحق بعد التدبير ومات المدبر فللغرماء حينئذ أن يردوا العتق أو التدبير.
وقال الشافعي: يجوز بيع المدبر اختياراً كما يجوز بيع العبد الموصى بعتقه لا فرق بينهما عنده في ذلك. (والعتق بالمال) يدفعه العبد (هو المكاتبة) وظاهره منجماً كان أو لا. وقيل لا تسمى كتابة إذا كان المال منجماً (وما له بالجبر من مطالبة) أي ليس للسيد أن يجبر العبد عليها، وقيل يجبره إذا جعل عليه من المال مثل خراجه أو أزيد بيسير (خ): و لم يجبر العبد عليها والمأخوذ منها الجبر اه. ولا يجبر السيد أيضاً للعبد إذا طلبها، وإنما يندب له وفي الموطأ قال مالك: الأمر عندنا أنه ليس على سيد العبد أن يكاتبه إذا سأله ذلك و لم أسمع أحداً من الأئمة أكره رجلاً على أن يكاتب عبده ثم أشار إلى العتق بالسراية فقال: (ومعتق للجزء من عبد
له) مبتدأ خبره (مطالب بالحكم أن يكمله) وقد يكون جميعه حراً بنفس عتق الجزء، فإن أعتق جزءاً والباقي لغيره كمل عليه أيضاً. (وحظ من شاركه بقوم عليه) بشروط أن يكون موسراً بقيمة ذلك الجزء بما يباع على المفلس، وإن أيسر ببعضه عتق مقابله وإن يدفع القيمة بالفعل وأن يبتدىء العتق لا إن كان حر البعض وإن يعتق باختياره لا إن ورث بعضاً من أبيه مثلاً فعتق عليه، وأن يكون السيد مسلماً أو العبد لا إن كانا كافرين. واقتصر الناظم على الشرط الأول فقال: (في اليسر وعتقاً يلزم) ثم أشار إلى العتق بالمثلة فقال: (وعتق من سيده يمثل به) عمداً (إذا ما شانه) أي عابه وقبح منظره (يبتل) يريد بالحكم لا بنفس الشين (خ): وبالحكم إن عمد لشين برقيقه أو رقيق رقيقه أو رقيق ولده الصغير والممثل غير سفيه ولا عبد ولا ذمي، وإلاَّ فلا عتق كما إذا لم يتعمدها والمثلة كخصاء وقلع ظفر وقطع بعض أذن أو جسد أو سن أو سحلها أي بردها بالمبرد أو خرم أنف أو حلق شعر أمة رفيعة أو لحية تاجر، وهذان المثالان على ما للمدنيين، والمعتمد أن لا عتق فيهما لأن الشعر يعود، وكذا وسم الوجه بالنار وأطلق (خ) وابن الحاجب أنها مثلة فقال ابن عبد السلام: ظاهره أن مجرد العلامة بالنار في الوجه كاف والذي قاله ابن وهب وأصبغ إذا وسم جبهته وكتب فيها آبق ولا يخفى أن كتب هذه الكلمة أشنع من مجرد الحرق وبقي على الناظم العتق بالقرابة (خ): وعتق بنفس الملك الأبوان وإن علوا والولد وإن سفل كبنت وأخ وأخت مطلقاً (ومن بمال عتقه) مبتدأ وخبر (منجم) بالخفض نعت لمال وفيه الفصل بين النعت والمنعوت بأجنبي وهو المكاتب (يكون عبداً مع بقاء درهم) عليه قال ابن وهب: أخبرني غير واحد عن عمر وعثمان

وجابر بن عبد الله وأم سلمة أنهم كانوا يقولون: المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم اه. (والقول للسيد) أي بيمين كما في ابن عرفة: إذا اختلف مع عبده (في مال حصل) أي في مال الكتابة بأن قال:
دفعته، وأنكره السيد وكذا لو ادعى الكتابة وأنكرها السيد ولا يمين عليه في هذه لأنها من دعوى العتق. (والخلف) أي الخلاف في اختلافهما (في قدر) كقول العبد بخمسين وقال السيد بستين (وجنس) كثياب وحيوان (وأجل) أصله أو قدره أو حلوله والمشهور من الخلاف أن القول للعبد (خ): والقول للسيد في الكتابة والأداء لا القدر والأجل والجنس.

وحكمه

أي المكاتب (كالحر في التصرف) إلا في إخراج المال بغير عوض فله بلا إذن بيع وشراء ومشاركة ومقارضة ومكاتبة واستخلاف عاقد لأمته وإسلامها أو فداؤها إن جنت بالنظر وسفر لا يحل فيه نجم، وله إقرار في رقبته وإسقاط شفعته لا عتق وإن قريباً ولا صدقة وتزويج وإقرار بجناية خطأ وسفر بعد إلا بإذن قاله (خ): (ومنع رهن وضمان اقتفي) في الكتابة فلا يجوز أن يكاتبه على رهن من غير المكاتب أو ضامن لأنه ليس من سنة الكتابة ولأنها ليست بدين ثابت. ألا ترى إن مات المكاتب وعليه دين لم يحاصص السيد مع الغرماء، وإن عجز كانت الديون في ذمته ولا يدخلون مع السيد في رقبته قاله ابن وهب عن مالك. المواق: قيل ثمانية لا يجوز التحمل فيها الكتابة والصرف والقصاص والحدود والتعزير ومبيع بعينه وعمل أجير يعمل بنفقته وحمولة دابة بعينها.
باب في الرشد والأوصياء والحجر والوصية والإقرار والدين والفلس

الرشد حفظ المال مع حسن النظر

فيه أي في المال هذا قول ابن القاسم وبه الحكم. (و) قال (بعضهم له) أي معه (الصلاح) أي في الدين (معتبر) زيادة على ما ذكر من حفظ المال وحسن التصرف فيه، وقد علم مما قررناه أن اللام في له بمعنى «مع» والضمير لما ذكر والجملة معمول لقول مقدر، وأسهل من هذا أن تكون بمعنى عند. والضمير للبعض ولا تقدير وكأنه عقد فيه قول ابن سلمون: الرشد هو حفظ المال وحسن النظر فيه، واختلف هل من شرطه الصلاح في الدين أو لا؟ على قولين. فقال المدنيون من أصحاب مالك: الرشد هو صحة العقل وصلاح الدين وتثمير المال وحفظه، وقال ابن القاسم: إذا ثمر ماله وحاطه استوجب الرشد، وإن كان غير مرضي الحال وبذلك الحكم اه. ويأتي الناظم:
وشارب الخمر إذا ما ثمرا
لما يلي من ماله لن يحجرا
ثم أشار إلى ما يخرج به الولد من الحجر وأنه على ثلاثة أوجه إما أن يبلغ ظاهر الرشد أو ظاهر السفه أو مجهول الحال فقال: (والابن ما دام صغيراً) فهو محجور (للأب) لا يجوز له فعل إلا بإذنه ولا هبة ولا صدقة ولو بإذنه (إلى بلوغ حجره فيما اجتبى) أي اختير وانظر هل تجد له مقابلاً (إن ظهر الرشد) قال ابن رشد: فأفعاله حينئذ جائزة. (ولا قول لأب) في

رد شيء منها وإن لم يشهد على إطلاقه من الولاية لخروجه ببلوغه مع ما ظهر من رشده (وبالغ بالعكس) أي معلوم السفه (حجره وجب) فلا يخرجه الاحتلام من ولاية أبيه وأفعاله كلها مردودة غير جائزة (كذاك) تشبيه في وجوب الحجر (من أبوه حجرا جددا عليه) الحجر (في فور البلوغ) حال كونه (مشهدا) بذلك. قال المتيطي: وإذا ذهب إلى تسفيه ابنه البالغ عند حداثة بلوغه جاز ذلك وظاهر قوله: في فور البلوغ ولو بلغ ظاهر الرشد وهو خلاف قوله قبل: إن ظهر الرشد ولا قول لأب فلا بد من تفسير قوله إن ظهر الرشد أي تعين واستقر بأن تمضي مدة يعلم منها أنه رشد حقيقي اقتضاه عقله وطبعه، لا مجرد ظهوره إثر بلوغه لأنه كثيراً ما يلمع ذلك أثر البلوغ ثم يخمد، أو يقال: إن ما هنا هو في مجهول الحال والله أعلم.

وبالغ وحاله قد جهلا على الرشاد حمله

حتى يثبت سفهه وهي رواية ابن زياد عن مالك، وهو ظاهر ما في نكاح المدونة إذا احتلم الغلام فله، أن يذهب حيث شاء إلا أن يتأول أنه أراد بنفسه لا بماله كما تأوله ابن أبي زيد. (وقيل لا) يحمل على الرشد بل على السفه وهي رواية يحيى عن ابن القاسم. وظاهر سائر الروايات عنه كما قاله في المقدمات. (وإن يمت أب وقد وصّى على مستوجب حجرا) وهو الصغير أو السفيه المحقق سفهه (مضى ما فعلا) قال في المقدمات فإن مات الأب وهو صغير وأوصى به إلى أحد أو قدم عليه السلطان فلا يخرج من الولاية حتى يخرجه منها الوصي أو السلطان وأفعاله كلها مردودة، وإن علم رشده ما لم يطلق اه. وقيل إنه يخرج إذا علم رشده لأن الوصي إنما هو بسبب الأب فلا يكون أشد منه، وأما ابن القاسم فمذهبه في الولاية عليه لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه، ورواه ابن وهب عن مالك، ولزونان عن ابن القاسم من ثبتت عليه ولاية لم يجز فعله حتى يطلق منها وإن ظهر رشده مثل قول مالك: وكبار أصحابه قاله ابن سلمون. (ويكتفي الوصي) من قبل الأب (بالإشهاد) على نفسه أنه أطلقه من ثقاف الحجر ورشده من دون بينة على رشده وحسن تصرفه (إذا رأى مخايل الرشاد) وهو مصدق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف إلا من قوله، وقيل: لا يجوز له إطلاقه إلا أن يعرف رشده. رواه أصبغ عن ابن القاسم، فإن لم ير مخايل الرشاد لم يجز له أن يطلقه إلا أن يثبت رشده بالبينة كمقدم القاضي وإلى حكمها أشار بقوله:

وفي ارتفاع الحجر مطلقاً

يعني سواء كان من مقدم قاض أو من وصي لم ير مخايل الرشاد أما إذا رآها فهو ما قبله(يجب إثبات موجب لترشيد طلب) أي طلبه المحجور فلا يجاب إليه إلا بعد إثبات موجبه من البينة برشده وحسن حاله وأنه من لا يخدع في بيع ولا ابتياع. قال في الكافي: فإذا شهد له بالرشد وحسن النظر والضبط لماله أطلق من الولاية وجاز أمره وفعله(ويسقط الإعذار في الترشيد حيث وصيه من الشهود) لشهادته برشده ولا منازع غيره، ومفهومه أنه إذا لم يشهد بذلك فلا بد من الإعذار له فيه فإن أبدى مطعناً وإلا لزمه ترشيده وفكه. ولما فرغ من الكلام على ذي الأب والوصي أشار إلى

المهمل فذكر فيه أربعة أقوال التي في المقدمات فقال: (والبالغ الموصوف بالإهمال) بأن مات أبوه و لم يوص عليه ولا قدم عليه السلطان أحداً (معتبر بوصفه في الحال) أي حال بيعه وابتياعه (فظاهر الرشد) في ذلك(يجوز فعله) ويمضى عليه (وفعل ذي السفه) الظاهر(رد) فعله (كله وذاك مروي) أي هذا القول مروي(عن ابن القاسم) مطلقاً (من غير تفصيل له) متعلق بقوله: (ملائم) احترز به من التفصيل الآتي في القول الثالث: (ومالك يجيز كل ما صدر بعد البلوغ عنه) من بيع أو غيره ويراه نافذاً (من غير نظر) في كونه رشيداً أو سفيهاً معلناً بالسفه أو لا.S اتصل سفهه بالبلوغ أو عوض بعد رشد وهذا هو القول الثاني. (وعن مطرف) وابن الماجشون (أتى) قول ثالث قال الشارح، واقتصر على مطرف اختصاراً إذ كثيراً ما يتفق قولهما حتى عبر ابن عرفة عنهما بالأخوين اه. وهو أن (من اتصل سفهه) من حين بلوغه (فلا يجوز ما فعل) ولا يلزمه بيع ولا غيره (وإن يكن سفه بعد الرشد) أي بعد أن أونس منه الرشد، فهذا أفعاله جائزة عليه ولازمة له (ففعله ليس له من رد ما لم يبع من خادع) أي ما لم يكن بيعه بيع غبن وخديعة بينة كأن يبيع ما يساوي ألفاً بمائة (فيمنع) بيعه ويرد له مبيعه ويرد الثمن إن بقي (وبالذي أفاته) منه (لا يتبع)

قلت:إلا أن يكون صون به ماله فيضمن الأقل منه ومما صونه كما مرّ نظيره و لم يفرق بين معلن بالسفه وغيره، والقول الرابع لأصبغ يفرق بينهما وإليه أشار بقوله: (ومعلن السفه) ظاهره (رد) أصبغ(ابن الفرج) رئي في المنام فقيل له: ما فعل الله بك؟ فقال: غفر لي بمجاورتي لابن القاسم. (أفعاله) كلها(والعكس) أي صاحب العكس وهو غير معلن السفه (في العكس اندرج) فتمضي أفعاله ولا يرد شيء منها، ومحل هذه الأقوال مع تبين الحال قال ابن رشد: واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة لا يرد منها شيء إن جهل حاله و لم يعلم بسفه ولا يرشد، وكذلك اتفقوا على أن على الإمام أن يولي عليه إذا ثبت عنده سفهه وخشي ذهاب ماله، وإلى هذين الأمرين أشار بقوله: (وفعل من يجهل) حاله (بالإطلاق) كان بعوض أو بغير عوض(حالته) فلم يعلم برشد ولا سفه (يجوز باتفاق) أي بمعنى (ويجعل القاضي بكل حال على السفيه حاجراً في المال) يحفظه له ويمنعه من إضاعته. ثم أشار إلى ما تخرج به الأنثى من الحجر وأنها أربعة أقسام أيضاً: ذات أب أو وصي أو مقدم قاض أو مهملة لم يوص عليها أب ولا قدم عليها قاض فقال:

وإن تكن

أي توجد (بنت) فاعل(وحاضت والأب حي) جمله حالية (فليس الحجر عنها يذهب) على القول المعمول به (إلا) بأحد أمرين الأول:(إذا ما نكحت) أي إلا أذا تزوجت ودخل بها زوجها (ثم مضى سبعة أعوام) من يوم دخولها (وذابه القضا ما لم يجدد حجرها إثر البنا)ء بها فلا تخرج إلا بالترشيد، ويعني بالإثر ما لم تمض المدة التي تخرج فيها من الحجر وهو سبعة أعوام على ما به العمل كما في الشارح أو سنة أو سنتان أو ثلاث أو خمس على القول بأنها تخرج من الحجر بواحد منها كما زاده في المعيار فإن خرجت لم يصح التجديد كما لا يصح قبل الدخول أيضاً لأنها محجورة حينئذ، ونص عليه العبدوسي فقول (م): وأحرى قبله متعقب، وقد رده شيخنا أبو البقاء بما ذكرنا الأمر الثاني: مما تخرج به ثبوت رشدها وإليه أشار بقوله: (أو سلم الرشد الذي تبينا) ورشدها إلى ذات الوصي فقال: (وحجر من وصي عليها) أبوها (ينحسب) يستمر (حتى يزول حكمه بما يجب) وهو ترشيدها (والعمل اليوم عليه ماض) وهو المشهور فيها (ومثله)

أي مثل الوصي من قبل الأب (حجر وصي القاضي) أي مقدمه (وإن تكن) البنت (ظاهرة الإهمال) بأن مات أبوها و لم يوص عليها و لم يقدم عليها القاضي أحداً (فأفعالها مردودة الأفعال) كلها من تبرعات ومعاوضات (إلا مع الوصول للتعنيس) ويأتي بيانه (أو) دخول الزوج بها و (مكث عام إثر التعريس) وهذا هو الذي به العمل (وقيل بل أفعالها تسوغ) وتجوز (إن هي حالة المحيض) بالنصب مفعول مقدم ب (تبلغ) أي تمضي أفعالها بمجرد البلوغ كالذكر في أحد الأقوال.
(والسن في التعنيس من خمسين) سنة (فيما به الحكم إلى الستين) وقيل: إذا مكثت في بيت أبيها أربعين سنة، وقيل ثلاثين وقيل أقل وتحصيل ما جرى به العمل في النسوة أن المهملة يجوز فعلها بالتعنيس أو مضى عام من دخولها وذات الأب أفعالها مردودة حتى تمضي سبعة أعوام من دخولها، وهذا مع جهل حالهما، وأما مع علم سفههما فأفعالهما مردودة وذات الوصي
والمقدم لا يخرجان إلا بالفك ونظمتها:

مهملة ترشيدها فيما نقول
تعنيس أو مضي عام من دخول
وسبعة منه لذات الوالد
مع جهل حال منهما القاصد
ذات وصي أو مقدم ما إن
تخرج إلا مع فك مقترن

وحيث رشد الوصي من حجر

أي محجورته فولاية المال تذهب و (ولاية النكاح تبقى) كما لو رشدها أبوها فإنه لا ينقطع نظره عنها فيه إلا أن يكون هناك من يتقدم عليه شرعاً كالابن. (بالنظر) أيضاً لقول ابن رشد لا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجبه النظر أن ولايته عليها في النكاح لا تسقط لأنه كالأب إذا أقامه لها مقام نفسه. (وليس للمحجور من تخلص) بضم اللام المشددة وانفكاك (إلا بترشيد) من الحاكم (إذا مات الوصي) وهذا هو المشهور والمعمول به (وبعضهم قد قال في السراح في حق من يعرف بالصلاح) وأنه يخرج من الحجر بموت وصيه إذا كان حسن النظر لنفسه معروفاً بالرشد، فإذا كان معروفاً بالسفه فأفعاله مردودة وهو قول ابن القاسم. قال ابن سلمون: والذي جرت به الفتيا وعليه الشيوخ أن أفعاله كلها حكمها حكم من وصيه حي حتى يظهر رشده ويحكم بترشيده اه. (والشأن) أي العمل (الإكثار من الشهود في عقدي التسفيه) وهو الشهادة بأنه سفيه مبذر غير حافظ لماله فيضرب على يده ويمنع من التصرف فيما يستقبل، وأما الشهادة بأنه محجور عليه أو مضروب على يده فيكفي فيها العدلان ويرد بها فعله في الماضي (والترشيد) أي الشهادة بأنه حافظ لماله حسن النظر صالح الحال لا يخدع في بيع ولا ابتياع فتوجب إطلاقه وفكه من وثاق الحجر. (وليس يكفي فيهما العدلان) قال المتيطي: ينبغي أن يستكثر من الشهود في عقد الترشيد العدول وغيرهم لتظهر استفاضة رشده، ولا يجزىء

في ذلك شهيدان كما يجزىء في الحقوق، وعلى هذا العمل. وكذلك ينبغي أن يستكثر من الشهود في وثيقة التسفيه. قال في كتاب ابن المواز: ولا تجوز شهادة رجلين فقط في ترشيد أو تسفيه حتى يكون فاشياً قاله
أصبغ اه. ثم قال الشارح عن المتيطية أيضاً ما نصه: فإن أتى الوصي بشاهدي عدل يشهدان أن هذا اليتيم بحال سفه كانت شهادتهما أعني من الذين شهدوا بالرشد وأعمل وكانت شهادتهما مدفعاً في شهادة الشهود بالترشيد اه. ونحوه في ابن سلمون وهو المراد بقول الناظم: (وفي مرد الرشد يكفيان) والله أعلم.

وجاز للوصي فيمن حجرا

إذا رأى عليه مخايل الرشاد التي توجب إطلاقه (إعطاء بعض ماله مختبراً) له. قال المتيطي: للوصي أن يدفع لليتيم إذا رأى منه استقامة بعض ماله ليختبره به كالستين ديناراً ولا يكثر جداً فإن تلف لم يضمن. ابن حبيب: والوصي مصدق فيما دفع له لذلك. (وكل ما أتلفه المحجور) صغيراً كان أو سفيهاً من مال غيره تعدياً بأكل أو حرق أو كسر من غير أن يأمن عليه (فغرمه من ماله المشهور) قال ابن رشد: ويلزمه ما أفسد أو كسر في ماله ما لم يؤتمن عليه، واختلف فيما أفسد أو كسر مما ائتمن عليه اه. فظاهره أن الأول لا خلاف فيه فانظر قول المؤلف المشهور، نعم الخلاف مذكور في الصغير الغير مميز على اختلاف الطرق فيه، وظاهر قوله من ماله إنه لا يتبع في ذمته إن لم يكن له مال وصرح بذلك (عج) وأصحابه واحتج بقول الرجراجي ولا خلاف أنه لا يتبع بالثمن في ذمته اه. وهو وهم فاحش خرجوا به عن المذهب ففي المدونة في كتاب الوديعة: ومن أودعته وديعة فاستهلكها ابنه الصغير فذلك في مال الابن، فإن لم يكن مال ففي ذمته اه. ولا حجة له في كلام الرجراجي لأنه في الثمن الذي أخذه الصبي فيما باعه وأنفقه فيما لا بد له منه قاله مصطفى والله أعلم. (إلا إذا طوعا إليه صرفه) بأن أقرضه أو باعه أو أودعه أو أعاره فاستهلكه (وفي سوى مصلحة قد أتلفه) فإن أتلفه في مصلحة بأن لبسه أو أكله محتاجاً إليه مما لا غنى له عنه فقد صون به ماله فيضمن الأقل منه ومما صون به كما مر، فإن جهل الحال هل أنفقه في مصلحة فيتبع به أو لا؟
قولان حكاهما ابن عرفة وابن رشد، واقتصر في التوضيح وتبعه الأجهوري على الأول، واقتصر بعضهم على الثاني.
تنبيه: من المصروف له طوعاً ثمن ما اشترى منه ودفع له ثمنه، فلذا قال مالك في رجل بعث يتيماً له في طلب عبد آبق فأدركه وباعه وأتلف الثمن فقام صاحبه أي صاحب الغلام قال: يأخذه ولا شيء على رب الغلام في المال الذي أتلفه ولا يكون ديناً عليه. فقيل لمالك: أفلا يكون هذا مثل ما أفسد أو كسر؟ قال: لا اه.

وفعله

أي المحجور (بعوض) كبيع أو إجارة (لا يرتضى) لا يجوز (وإن أجازه وصيه) لكونه سداداً أو غبطة أو محتاجاً إليه (مضى وفي التبرعات) من المحجور كعتق أو هبة أو صدقة أو حبس (قد جرى العمل بمنعه ولا يجاز إن فعل) بل يتعين على الوصي رده فإن أجازه لم يجز أو سكت عنه حتى رشد، فله هو الرد في جميع ذلك لا يستثنى منه إلا عتق أم الولد

والوصية كما سيأتي. وقوله: ولا يجاز إن فعل يعني لا يجوز للوصي أن يجيزه فإن لم يجزه الوصي وبلغ هو ورشد كان له أن يخير كما في الحطاب. (وظاهر السفه جاز الحلما من غير حجر) عليه لإهماله (فيه خلف علما) وهو (جواز فعله بأمر لازم) وهو (لمالك) لأنه يراعي الولاية ولا ولاية عليه (والمنع) فلا يمضي عليه شيء منها وهو (لابن القاسم) إلا إن يكون رشيداً في نفسه لأنه إنما يراعي الحال، والبيتان تكرار مع قوله. والبالغ الموصوف بالإهمال الخ. (وبالذي) ثبت (على صغير مهمل) لا وصي له ولا مقدم (يقضي) أي ويقضي بالذي ثبت على المهمل من الحقوق في أصل أو غيره (إذا صح) الذي ثبت عليه (بموجب) بكسر الجيم (جلي) أي بينة (وهو) أي الصغير (على حجته كالغائب) إذا قضى عليه (إلى بلوغه بحكم واجب) ومفهوم مهمل أشار له بقوله: (ويدفع الوصي كل ما يجب) بالموجب بعد عجزه عن الدفع فيه (من مال من في حجره مهما طلب) به (ونظر الوصي في المشهور) وهو قول ابن عتاب وابن القطان (منسحب على بني المحجور) وبناته تبعاً له، وخالفهما ابن زرب ومحله ما دام المحجور حياً فإن مات فلا نظر للوصي على الأولاد لأن النظر عليهم إنما كان بالتبع لأبيهم، والقاعدة أنه إن عدم المتبوع عدم التابع قاله المقري. (ويعقد) الوصي (النكاح للإماء) لمحجوره (والنص في عقد البنات) أي في عقده على بنات المحجور (جاء) اسم فاعل أي مروي قال في المفيد قال أبو الوليد: قد جاءت الرواية منصوصة عن مالك أن الوصي ينكح بنات محجوره يريد الأبكار والبالغات والثيبات التي لم يملكن

أمر نفسهن، والوجه في ذلك أنه رآه وصياً عليهن بكونه وصياً على أبيهن اه. وقد روي أيضاً أنه يعقد بإيصائه لكل من كان الموصى يعقد له من أخوات وموليات وغيرهن (وعقده) أي الوصي على بنات محجوره (قبل البلوغ جار بجعله في البكر كالإجبار) أي جار على جعل الأداء على البكر بمجرده كجعل الإجبار نصاً وهو أحد قولين (خ): وجبر وصي أمره أب به أو عين الزوج وإلاَّ فخلاف هذا ما ظهر لي في معناه وهو الصواب إن شاء الله. (والنقل للإيصاء) الثابت (غير معمل) بمعنى أن الوصي إذا أراد أن يتخلى عن الإيصاء بعد قبوله وتصرفه فليس له ذلك (إلا لعذر) كسفر (أو حلول أجل) فإذا حضرته الوفاة فله أن يوصي بما إليه من النظر ويكون وصي الوصي كالوصي. وقال ابن عتاب: إن كان قبوله في حياة الموصي فلا يحله القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك وإن كان بعد موته فللقاضي أن يعفيه لغير عذر ثم أشار إلى أن قبول الوصية بمجرده مانع من الرد وإن لم يتصرف فقال:

ولا يرد العقد بعد أن قبل إن مات موص

وظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته وهو كذلك ففي المقرب قال محمد: وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته، وفي المفيد: وإذا أوصى لرجل فقبل ثم ندم قبل موت الموصي فإن أقاله الموصي جازت إقالته وإن لم يقله ألزم النظر في الوصية على ما أحب أو كره ويجبره الحاكم إن كان ثقة إلا أن يكون له عذر مقبول. (ولعذر ينعزل) كضعف أو اختلال عقل (ولا رجوع) إلى قبول الإيصاء (إن أبى) قبوله (تقدمه) إليه في حياة الموصي ثم أراده (من بعد أن مات الذي قد قدمه) قال ابن يونس: إلا أن يجعله السلطان لحسن نظره (وكل ما قدم من) قبل (قاض فلا يجوز أن يجعل منه بدلا) حيي أو مات لحضور أعيان القضاة المقدمين لهم، بخلاف الوصي فإنه من قبل الأب وقد

مات (كذاك لا يجوز أن ينعزلا) المقدم أي يعزل نفسه (إلا لعذر بين إن) كان (قبلا) قال المتيطي: إلا أن يزيله السلطان على وجه النظر ويولي غيره لحسن نظره (وصالح) في دينه (ليس يجيد النظرا في المال إن خيف الضياع) بالفتح لماله (حجرا) عليه إذا كان مطلق اليد وأحرى أن لا يخرج من الحجر (وشارب الخمر) فاسق في دينه (إذا ما ثمرا لما يلي من ماله لن يحجرا) لأن الحجر إنما هو لحفظ المال وهو حافظ له، وفرق بأن ضرر الفسق قاصر عليه وضرر التبذير لاحق لجميع المسلمين لبقائه عالة عليهم أو على بيت مالهم. (وللوصي جائز أن يتجرا) بأموال اليتامى على أن الربح لهم والخسارة عليهم، وله أن يعطيه قراضاً لغيره بالنظر ولا يعمل هو به أي يكره فإن فعل و لم يكن فيه غش وأخذه بقراض مثله فذلك جائز ولا ضمان عليه في ذهابه قاله في المقرب. (لكنه يضمن مهما غررا) في تجره به أو في دفعه لمن يتجر به أو بدفعه لمن يتجر به كان يسافر ببحر أو بطريق مخوف.

فرع: وللقاضي أن يفرض للوصي أجرة على نظره إذا كان ذلك سداداً للأيتام، وإذا قوي اليتيم على العمل وكان له أصل لطيف يريد بيعه وأكله لم يبع وأوجر على رغم أنفه وأنفق عليه من إجارته ضيح من ابن سلمون. والقول للوصي في النفقة بيمينه إذا ادعى ما يشبه وكان في حضانته قاله في الجواهر: ونسبه في الشامل للأكثر فلا يغتر بما في ابن سلمون.

وعندما يأنس

يصر (رشد من حجر) فاعل يأنس (يطلقه) أي المحجور (وماله له يذر) أي يطلقه من وثاق حجره ويعطيه ماله (وحيث لم يفعل) وضاع المال (فقد تصدى أن يضمن المال لأن تعدى) أي لتعديه بحبس ماله عليه مع استحقاقه لقبضه قال المشاور: فإن علم الوصي برشده و لم يدفع إليه ماله وتلف عنده ضمنه سواء تلف ببينة أو بغير بينة لأنه متعد في حبسه له ظالم له وعاصب لمال من لا ولاية له عليه في الأصل. وكذلك إذا قامت بينة بترشيده وقت تلف ماله ضمنه الوصي اه.

فصل في الوصية وما يجري مجراها

الوصية: عدة بمال يؤخذ من ثلث تركة المعطي بعد موته وهي مندوبة، ومن خصائص هذه الأمة تكثيراً للزاد وأهبة للمعاد، وفي صحيح مسلم: «ما من حق أمرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه.» وقد تجب كدين لا يتوصل إليه إلا بها وتحرم بمحرم كنياحة وتكره بمكروه أو من فقير وتباح بمباح كبيع، كذا وتنفيذ المندوب والواجب واجب وغيرهما حكمه حكم أصله، وكأنه أراد بما يجري مجراها ما ذكره من عدم محاسبة الأولاد بما أنفقه الأب عليهم إذا أوصي بذلك أو كان مالهم عيناً وهي عند الفقهاء قسمان: وصية النظر ويتضمنها الكلام على الأوصياء في الباب قبله، ووصية المال وإليه أشار بقوله:

في ثلث المال فأدنى

كالربع والخمس وقد استحب بعض العلماء الحط عن الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم «والثلث كثير». (في المرض أو صحة وصية) لغير وارث (لا تعترض) ولا يردها راد (حتى) لو كانت (من السفيه والصغير) بشرط فيه وهو (إن عقل القربة في الأمور) وأصاب وجه الوصية بأن لا يكون فيها تناقض ولا تخليط. (والعبد لا تصح) الوصية (منه مطلقاً) كان خالص الرق أو ذا شائبة (وهي من الكافر ليست تتقى) فتمضي وإن كانت لمسلم فله قبولها إلا بخمر أو خنزير فترد، ثم ذكر الموصى له فقال: (وهي لمن تملك منه يصح لحمل واضح) ظاهر (أو لم يضح) أي لم يظهر أو لم يبلغ أبوه أو أمه. وعبارة (خ) على أهل التملك كمن سيكون إن استهل (لكنها تبطل إن لم يستهل) وترجع ميراثاً إذ لا يملك الميت. قال في المقرب: ولو قال ثلث مالي لولد فلان ولا ولد لفلان يومئذ وهو يعلم بذلك أو لا يعلم فإن الوصية جائزة والذكور والإناث فيها سواء، وإن أوصى وهو يعلم أنه لا يولد له فالوصية باطلة اه. (وللعبيد دون إذن) من السيد في قبولها (تستقل) وتكون للعبيد حتى ينتزعها منه السيد (خ): و لم يحتج رق لإذن في قبول كإيصاء بعتقه، فلو مات الموصى له بقسمة قبل موت الموصي بطلت ويوجد هنا في بعض النسخ (وليس من شيء لمن يوصى له إلا إذا الموصي بموت قبله) ثم أشار إلى الموصى به فقال: (وهي بما يملك) أي بكل ما يصح ملكه وإن مجهولاً (حتى الثمر) في رؤوس الشجر أو قبل وجوده كغلة هذا العام (والدين) ولو على غائب أو معدم (والحمل) لجارية أو ناقة (وإن لم يظهر) وآبق وشارد وجوهر (وامتنعت لوارث) لخبر: «ألا إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». (إلا متى إنفاذ باقي الوارثين ثبتا) أي إلا أن يجيزها بقية الورثة وهل إجازتهم تنفيذ أو ابتداء عطية؟ قولان. الراجح الثاني، فلو أجاز الوارث ولا دين عليه، ثم استدان أو مات قبل أن يقبض الموصى له فقيل: غرماء الولد أحق بها لأنها هبة لم تجز. وقال أشهب: يبدأ بوصية الأب. ابن عرفة: والأول أحسن (خ): وإن أجيز فعطية. (وللذي أوصى) في صحة أو مرض بعتق أو غيره (ارتجاع ما يرى) من وصيته كلها أو بعضها أو تغييرها لأنها كما قدمنا عدة وليست بهبة ولذا قال: (من غير ما بتل أو ما دبرا) قال في الرسالة: وللرجل الرجوع في وصيته من عتق أو غيره قال في المعونة: إلا التدبير لأنه إيجاب في الحياة وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل في المرض اه. وإياه تبع الناظم في الاستثناء واختلف فيما إذا التزم فيها عدم الرجوع فقيل له: إن يرجع وقيل لا. وقيل يرجع إلا في العتق. ورابعها هي باطلة ولو لم يرجع قال الشيخ القصار: وجرى الحكم من سيدي علي بن هارون وسيدي أحمد الوانشريسي رحمه الله بالصلح، وإليه يشير في العمليات بقوله:

والصلح في الوصية التي التزم

أنه لا يرجع فيها قد حكم

وفي الذي علم موص تجعل

أي وتخرج الوصية مما علمه الموصى لا غير. قال في المقرب: قال ابن القاسم: ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولا مال له يوم أوصى، ثم أفاد مالاً فمات، فإن علم الميت بما أفاد فللموصى له ثلثه وإن لم يعلم فلا شيء له وهو قول مالك اه. (ودين من عن اليمين ينكل) أي وتحمل الوصية أيضاً في دين ثبت على الميت ولو بإقراره ونكل طالبه عن يمين القضاء. قال ابن زرب: ومن أقر بدين لمن يجب إقراره له فكلف المقر له أن يحلف يمين القضاء فنكل عن اليمين، فإن الوصايا تدخل فيه إذ يمكن ان يكون قبضه اه. نقله ابن عات. ولا تدخل فيما أقر به في مرضه أو أوصى به لوارث ورده بقية الورثة بعد موته لإخراجه عن الوصية. قال في البيان: واختلف فيمن تصدق بصدقة كدار مثلاً و لم تحز عنه حتى مات وكان قد عهد بالثلث. قال: وعلل الدخول بعدم الحوز للمتصدق به وعدمه فإن الإبطال إنما حدث بعد الوفاة فالمتصدق به بعد إبطال الصدقة بالموت كمال لم يعلم به الموصي اه.m واختلف الشيوخ في المختار منهما، والذي رجحه ابن منظور هو القول بالدخول. (وصححت لولد الأولاد والأب) أو العم (للميراث بالمرصاد) والمعنى تصح الوصية للأحفاد إذا لم يكونوا ورثة بأن كان لهم أب أو عم يحجبهم الميراث فهو كقول ابن يونس، قال مالك: من أوصى بثلثه لولد ولده فذلك جائز إذا كانوا غير ورثة اه. ثم هي محمولة على التمليك إذا لم يكن فيها لفظ حبس فتقسم على الأحفاد بعد انقطاع ولادة الأب بموت أو غيره وتقسم عليهم بالسوية، فإن كان الموصى به أصلاً فهو المراد لتبقى عينه وينتفع بغلته، وإن كان غيره اشترى به أصل. وقيل يتجر فيه، وقيل إن كان المال كثيراً اشترى وإلا اتجر وما حصل فيه من الغلة قبل وجود الأحفاد تكون للورثة على المشهور من مذهب مالك قاله ابن أبي الدنيا في فتواه بذلك، ووافقه غيره، وأفتى ابن علوان بوقفها إلى أن يوجدوا، وإذا كان البعض منهم موجوداً أو وجد فهل يأخذ الغلة

وتقسم بينهم وينتقض القسم كلما ولد واحد أو مات إلى أن ينتهوا فيقسم الأصل أو ثمنه على الموجود يومئذ من الأحفاد ولا يحيى الميت بالذكر، أو توقف الغلة كلها لذلك فتقسم مع الأصل على الحي والميت ويحيي الميت بالذكر ويكون نصيبه لورثته؟ قولان. رجح المقري وغيره الأول.

فرع: فإن قال ثلثي لأولاد زيد وأولاد عمرو وأولاد بكر لأولاد كل واحد ثلثه قسم بينهم ثلاثاً استووا في الأولاد أو اختلفوا، وإن أجمل و لم يزد لأولاد كل واحد ثلثه قسم الثلث بين الأحفاد على عدد الرؤوس.

وإن أب من ماله قد أنفقا على ابنه

الصغير (في حجره) وله مال (ترفقا) راجع لقوله في حجره لأنه لو أنفق عليه ترفقاً لم يكن عليه رجوع (فجائز رجوعه في الحال) أي حال قيامه (عليه من حين اكتساب المال) بإرث من أم مثلاً وأما ما أنفقه عليه قبل كسب المال فلا رجوع له فيه. ابن عرفة: الروايات واضحة بعدم اتباع الأب ولده مما أنفق عليه اه. هذا حكم رجوع الأب بنفسه فإن مات الأب وأراد الورثة أن يحاسبوا الابن بما أنفقه عليه أبوه منذ كان له مال فقال في البيان: لا يخلو مال الولد من أربعة أوجه. أن يوجد عيناً بيد الأب، أو عرضاً قائماً في يده، أو يكون قد استهلكه أي المال أو يكون لم يصل بعد إلى يده

وإليها أشار الناظم بقوله: (وإن يمت) الأب (والمال) أي مال الابن (عين باقي وطالب الوارث بالإنفاق) بمعنى المنفق (فمالهم) أي الورثة (إليه من سبيل وهو للابن دون ما تعليل) لأن ترك الأب للأخذ منه مع يسره دليل تبرعه (إلا إذا أوصى) الأب (على الحساب وقيد الإنفاق بالكتاب) فهناك يحاسب الولد، فإن أوصى و لم يقيد أو قيدها و لم يوص بها لم يكن على الولد شيء منها ابن رشد: فأما إن كان المال عيناً قائماً وألفى على حاله في تركته فلا يخلو إما أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها فإن كتبها عليه لم تؤخذ من ماله إلا أن يوصي بذلك وإن كان لم يكتبها عليه لم تؤخذ من ماله، وإن أوصى اه. وكان وجهه في الثاني أنها وصية لغير الابن من الورثة وأما في الأول فلأنه قد يكتبها متروياً كما يأتي (وإن يكن) المال (عرضاً) كأثاث ولباس وفراش ورثها من أمه (وكان) ذلك (عنده) أي عند الأب موجوداً بعينه في تركته (فلهم الرجوع) على الابن كتبها عليه الأب أم لا (فيه) أي في ذلك المال بعينه، فإن زاد الإنفاق عليه فلا تباعة (بعده) أي بعد الحساب أو بعد الأب (إلا إذا ما قال لا تحاسبوا وترك الكتب فلن يطالبوا) ابن رشد: وأما إن كان المال عرضاً بعينه ألفى في تركته فلا يخلو

إما أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كتبها حوسب الابن وإن أوصى أن لا يحاسب لأنها وصية لوارث وإن كان لم يكتبها عليه حوسب بها إلا أن يكون الأب أوصى أن لا يحاسب بها اه. (وكالعروض الحيوان مطلقاً) عاقلاً كان كالرقيق أو لا كالدواب والأنعام (فيه الرجوع بالذي قد أنفقا) وأشار للوجه الثالث فقال: (وإن يكن عيناً ورسماً أصدرا) الأب (بأنه ذمته قد عمرا) به (فما تحاسب لمستحق وهو) أي المشهود به في الذمة (كالحاضر) عيناً (دون فرق وأن يكن في ماله قد أدخله) عيناً كان أو عرضاً (من غير إشهاد بذاك أعمله. مع علم أصله) أي مال الابن ببينة أن الابن ورث من أمه مائة مثلاً. (فههنا يجب رجوع وارث بإنفاق طلب) ابن رشد: وأما الحالة الثالثة وهي أن يكون الأب قد استهلك المال وحصل في ذمته فإن الابن يحاسب بذلك كتب عليه النفقة أو لم يكتبها إلا أن يكون كتب لابنه بذلك ذكر حق، وأشهد له به فلا يحاسب بما أنفق عليه. وقال في نوازله في وصي أشهد عند موته أن ليتيمة عنده عشرين مثقالاً فلما طالبت بها قال الورثة: إنه كان ينفق عليها وأثبتوا ذلك. فأجاب: إشهاد الوصي لها عند موته بالعشرين مثقالاً يوجب لها وتبطل دعوى الورثة عليها ولا يلتفت إلى ما أثبتوه ولا يحاسبوها بشيء اه. (وغير مقبوض) مال الولد (على الإطلاق) عيناً كان أو عرضاً (كالعرض في الرجوع بإنفاق) إلا أن يقول: لا تحاسبوه. ابن رشد: وأما الحالة الرابعة وهي أن لا يكون قبض المال ولا صار بيده سواء كان عيناً أو عرضاً فهي بمنزلة ما إذا كان عرضاً بيده. قال: ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته إذا أنفق عليه أبوه اه. وإلى هذا أشار الناظم بقوله: (وموت الابن) في حياة أبيه إذا أراد الرجوع عليه (حكمه كموت الأب) فيجري فيه جميع التفاصيل المتقدم من كون المال عيناً أو غيره الخ. (وقيل في يسر أب حلف وجب) وهو لمالك في سماع ابن القاسم في الرجل يموت ولده فتقوم الجدة

تطلب ميراثها فيقول الأب: قد أنفقته عليه إن كان رجلاً مأموناً فلا يمين عليه، وإن كان موسراً غير مأمون أرى أن يحلف لأن جل الآباء ينفقون على أبنائهم وإن كان لهم مال قاله في المقرب. هذا وفي الوثائق المجموعة ما حاصله أن أمر الأب بالمحاسبة أو تركها عمل عليه، وإن سكت فإن لم يكتب لم يحاسب وإن كتب حوسب إن كان عرضاً و لم يحاسب إن كان عيناً قاله ابن القاسم ورواه عن مالك.

فصل في الإقرار

ابن عرفة: هو خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه فخرج الإنشاء كبعت ومالاً يوجب شيئاً كزيد قائم، وما يوجب حكم كذبه كزيد زان، وما يوجب على غير القائل كالشهادة أو عليه وعلى غيره كالرواية، وشرط المقر أن يكون مكلفاً لا حجر عليه، وإلاَّ لم يلزمه إقرار ثم هو إما صحيح أو مريض وفي كل إما أن يقر لأجنبي أو لوارث.

ومالك لأمره

أي بالغ رشيد غير مكره ولا خائف لأن هذا لا يملك أمره ولا يلزمه إقرار كما لا يلزم الصبي والسفيه (أقر في صحته لأجنبي) الجملة صفة لمالك وهو مبتدأ خبره (اقتفي) أي اتبع وأنفذ وخرج عنه إقرار الصبي والمجنون والسفيه والعبد والمفلس فإن هؤلاء غير مالكين لأمرهم فلا يلزمهم إقرار ولا يتبع ولا يمضى إلا أن يجيزه السيد من العبد أو الغرماء من المفلس، وأشار لمفهوم الأجنبي بقوله: (وما) أقر به الصحيح (لوارث ففيه اختلفا) على قولين. أحدهما أنه غير صحيح ولا معمول به للتهمة وهو رواية المدنيين، والثاني أنه صحيح معمول به لا تلحقه فيه تهمة وهو قول ابن القاسم ورواية المصريين، ولذا فرع عليه الناظم فقال: (ومنفذ له لتهمة نفى) عنه لكونه في حال الصحة (ورأس متروك المقر) بنصب رأس مفعول مقدم لقوله (ألزما) أي المنفذ فهو مبني للفاعل (وهو) أي المقر له (به في فلس كالغرما) ء أي يحاصص معهم بسبب الإقرار أو بالدين المقر به. قال في الكافي: وكل من أقر لوارث أو لغير وارث في صحته بشيء من المال أو الدين أو البراءة أو قبض أثمان المبيعات فإقراره عليه جائز لا تلحقه فيه تهمة ولا يظهر فيه توليج والأجنبي والوارث في ذلك سواء، وكذلك القريب والبعيد والعدو والصديق في الإقرار في الصحة سواء اه. وعليه عول المحققون. قال الشيخ مصطفى الرماصي بعدما نصه: فتحرر مما تقدم نقله أن الإقرار في الصحة للوارث إذا لم يقم به إلا بعد موته أن كان يعرف وجه ذلك، وسببه فهو جائز اتفاقاً وإلاَّ ففيه قولان. الصحة وهو المشهور وقول ابن القاسم في المدونة والعتبية، وهو رواية المصريين. وعدم الصحة وهو قول المدنيين واختيار ابن رشد ثم قال: وإنما أطلنا في هذه المسألة لأني لم أر من حققها مع مسيس الحاجة إليها، وقد اعترض الأجهوري ببعض الفتاوى من أهل قرطبة وغيرهم ظناً منه أنها جارية على المشهور وليس كذلك ثم أشار إلى إقرار المريض لأجنبي أو قريب فقال:

وإن يكن

الإقرار (لأجنبي في المرض) المخوف (غير صديق) صفة لأجنبي (فهو نافذ الغرض) معمول به ورث كلالة أو لا. وإن كان لقريب لا يرث أو ما في معناه فقولان: البطلان مطلقاً والتفصيل وإليه أشار بقوله: (ولصديق أو قريب لا يرث)

كالخال (يبطل) الإقرار (ممن بكلالة ورث) المراد بالكلالة هنا أن لا يرث ولد ولا ولد ابن هذا الذي يفيده كلام ابن رشد وغيره، ولا يشترط نفي الوالد ففي وصايا المدونة وإن أقر له أي للصديق الملاطف جاز إن ورثه ولد أو ولد ابن، فإن ورثه أبوان أو وزجة وعاصب لم يجز فأبطل إقراره مع الأبوين اه. (وقيل بل يمضي) أي إقرار المريض لمن ذكر (بكل حال) ورث كلالة أو لا. ابن رشد: وإن أقر المريض لصديق ملاطف أو لقريب غير وارث فقيل يجوز مطلقاً وقيل: لا يجوز إقراره إلا إن ورثه ولد والقولان قائمان من المدونة اه. (وعند ما يؤخذ بالإبطال) أي بالقول الأول وبطل الإقرار لكونه ورث كلالة (قيل) يبطل (بإطلاق) ولا يكون شيء للمقر له لا من ثلث ولا من رأس مال، وقيل (و) هو (لابن القاسم يمضي) إقراره (من الثلث) إن حمله أو ما حمل منه (بحكم جازم) وعليه فتوى ابن سراج في رجل كفل يتيماً فأشهد له في صحته بعشرة دنانير وفي مرضه بخمسين عن أجرة له فمات ونازع الورثة؟ فأجاب: له بعشرة والخمسون إن كانت قدر أجرته وإلا فقدرها من رأس ماله والزائد من الثلث ثم أشار إلى إقرار المريض لوارث وهو إما ولد أو زوجة أو غيرهما فقال:

وحيثما الإقرار فيه

أي المرض (للولد مع غيره) يعني مع وجود غيره من الورثة بنين وغيرهم (فليس فيه) أي ذلك الإقرار (من مرد) ويلزم (مع ظهور سبب الإقرار) من كون المقر له ماتت أمه وتركت مالاً أو أوصي له بوصية أو نحو ذلك، (فإن يكن ذاك) الإقرار (عن اختيار) فإن لم يظهر سبب لصحته (ف) ولد (ذو عقوق) لأبيه (وانحراف) عن طاعته (يحكم له به) أي بصحة الإقرار لأنه لا يتهم على أن يعطيه ويحرم البار (و) الولد (ذو البرور يحرم) من إقرار الأب له ويحكم ببطلانه للتهمة، ولا يعني المصنف بقوله: للولد مع غيره أنه أقر للولد وللأجنبي معاً، وأن المراد بالاختيار عدم ذلك خلافاً للشيخ (م): ونص المقرب الذي ساقه لا يوافقه ولا يدل له، وإنما أشار الناظم لقول المدونة في الإقرار لأحد المتساويين وهذا ما لم يكن للأقرب سبب يدل على صدقه كأن يكون المقر له عاقاً ومن لم يقر له باراً به فإقراره جائز (وإن يكن) إقرار المريض (لزوجة بها شغف) حباً (فالمنع) من صحة الإقرار واجب (والعكس) وهو أن يعرف ببغضها (بعكس ينصف) فيلزم الإقرار، (وإن جهلنا عند ذاك) الإقرار (حاله) في محبتها والميل إليها أو عنها نظر فإن ورث كلالة (فالمنع) لها (ممن إرثه كلالة) وإن لم يورث كلالة، فإن ورثة ابن واحد صح الإقرار وهو قوله (ومع واحد من الذكور في كل حال ليس بالمحظور) كان الولد كبيراً أو صغيراً منها أو من غيرها، وإن ورثه بنون وحدهم أو مع إناث فكذلك كما قال: (كذاك مع تعدد) للأولاد حال كونهم (فيهم ذكر) كان الباقي ذكراناً أو إناثاً كانوا كلهم كباراً أو كلهم صغاراً أو مختلفين كما قال: (ما منهم ذو صغر و) لا (ذو كبر) يختص بهذا الحكم وهو تصحيح الإقرار بل كبيرهم وصغيرهم فيه سواء، ويستثنى من ذلك صورة واحدة وهي أن يكون فيهم مع تعددهم صغير واحد من المقر لها، فلذا قال الشارح: كان حقه أن يزيد هنا بيتاً فيقول: إلا إذا ما كان منها الأصغر وكان من أم سواها الأكبر. هذا

حاصل ما فيه وفيه مع احتياجه للبيت المذكور تعسف حذف الصفة لغير دليل، والظاهر عندي أن معنى ما منهم ذو صغر وذو كبر أنهم كلهم كبار أو كلهم صغار، ويكون في المفهوم تفصيل وهو أنه إذا كان فيهم كبار وصغار فإن انفردت

بالصغير بطل الإقرار وإلا جاز، وهذا أصح معنى وأقرب تناولاً والله أعلم. (وإن يكن) أي الإقرار متلبساً (بغير ذاك) أي بغير ما ذكر من الكلالة ووجود الابن أو البنين بأن كان له بنت أو بنات (مطلقاً) صغاراً كن أو كباراً (قيل) الإقرار (مسوغ وقيل متقى) ومردود (خ): كزوج علم بغضه لها أو جهل وورثه ابن أو بنون إلا أن تنفرد بالصغير ومع الإناث والعصبة. قولان. كإقراره للولد العاق أو لامه. وقال ابن الناظم: وكان حقه أن يزيد:

إلا إذا كن صغاراً أجمعا

منها فحكم ذاك أن يمتنعا

وإن يكن

الإقرار (لوارث غيرهما) أي غير الابن والزوجة حال كون الوارث (مع ولد) ولو أنثى كإقراره أعني المريض لأم مع وجود ولد أو لأخت مع وجود بنت أو بنات. (ففي الأصح) وهو قول ابن القاسم ورواه ابن عبد الحكم عن مالك (لزما). وقيل: لا يلزم ونقله ابن سهل عن ابن زرب فيما إذا كان الولد بنتاً (ودونه) أي وإقراره لوارث مع فقد الولد فيه (لمالك قولان) أحدهما (بالمنع و) الآخر ب (الجواز مرويان) عنه وظاهره كان المقر له مساوياً كإقراره لأحد إخوته أو لبني عمه أو أقرب كأم مع وجود أخ أو عم أو أبعد كإقراره لأخ أو عم مع وجود أم، واقتصر (خ) على الجواز في الأبعد والمنع في غيره فقال: لا بعد لا المساوي والأقرب (وحالة الزوجة والزوج سوا) ء فإذا أقرت في المرض لزوجها فيفصل بين حبها له أو بغضها أو جهل الحال على ما مر. (والقبض للدين) أي إقرارها بقبض صداقها منه أو هو بدين كان له عليها (مع) الإقرار ب (الدين استوى) لا فرق بينهما في التفصيل المتقدم، ثم أشار إلى تعدد الإقرار فقال:

(ومشهد) على نفسه (في موطنين) أي زمنين مثلاً (بعدد) واحد كأن يقر لرجل بمائة درهم في موطن ويشهد له بذلك شاهدين، ثم يقر له في موطن آخر بمائة ويشهد له شاهدين فالإقراران (لطالب) واحد (ينكر أنه) أي المال المشهود به في الموطنين (اتحد) ويدعي أنهما مائتان والمطلوب يقول هي مائة واحدة أشهد له بها مرتين (لهم به) أي في هذا الفرع (قولان واليمين على كليهما له تعيين) قيل القول للطالب فيحلف ويأخذ المائتين، وقيل للمطلوب فيحلف وليس عليه إلا مائة وهو الراجح. قال في المفيد: ذكر سحنون أن قول مالك اضطرب في هذه المسألة، والذي رجع إليه أن القول قول المطلوب وهو الأولى اه. ومثله في ابن سلمون بلفظه: (ما لم يكن ذاك) الإشهاد (برسمين ثبت) أي مدة كون الإشهاد لم يثبت في رسمين بأن كان في رسم واحد أو بغير رسم أصلاً، فإن كان في رسمين (فما ادعاه مشهد) من أنه

مال واحد (لا يلتفت) إليه، ويجب عليه المالان، وكذا لو شهد اثنان له أنه قبض المائة بمحضرهما يوم الأحد وشهد آخران أنه قبضها بمحضرهما يوم الاثنين أو أنها من بيع والآخران من سلف، ولو ادعى رجل على آخر بمائة فأقر وادعى القضاء وأقام شاهدين أنه قبض منه خمسين وآخرين أنه قبض منه خمسين فقال: هي خمسون واحدة من المائة وأشهدت لك بها قوماً بعد قوم. قال ابن القاسم: هي خمسون واحدة إلا أن يكون أشهدهم في براءتين اه. وجعلها عيسى هي الأصل.

قلت: ولعله ما لم تشهد البينتان بالمعاينة لقبض الخمسين في زمنين مختلفين، ولا برىء من المائة كما في التي قبلها، وظاهر قوله: ما لم يكن الخ. أنه تقييد للقولين، وفي ابن غازي أنه قول ثالث لأصبغ فيكون الأولان أنه مال مطلقاً أو مالان مطلقاً كانا برسمين أو لا. لكن في ابن سلمون مثل ما هنا من تقييد الخلاف بما إذا لم يكن في كتابين.

ومن أقر مثلاً بتسعة

دنانير (وصح) بالبينة أو الإقرار (إن) قد (دفع منها السبعة) مثلاً (ثم) لما طولب بالاثنين الباقيين (أتى من بعد ذا ببينة) شاهدة (بقبض دينارين منه معلنة) وبرىء فادعى خصمه أن الدينارين المشهود بهما داخلان في السبعة (فالقول قوله) أي المدين (إن الخصم ادعى دخول دينارين فيما اندفعا) فلا شيء عليه، وأشار به لقول ابن سلمون. وعن ابن القاسم وأصبغ: لو أقر لك باثني عشر ديناراً فثبت قبضك لتسعة دنانير ببينة أو إقرار وله بينة بأداء ثلاثة فزعمت أنها من التسعة، فالقول قوله بأنها سواها ويبرأ من الجميع اه. وقد جاء عن مالك أيضاً ما يخالف ذلك، ففي رسم الأقضية من سماع أشهب ما نصه: وسئل مالك عمن أودع رجلاً ثلاثة وعشرين ديناراً فاقتضى منه خمسة وشهد له بثمانية عشر أنها في ذمته، فلما طالبه بها أخرج له براءة بأربعة دنانير فأنا أقول من الثلاثة والعشرين وهو يقول من الثمانية عشر قال مالك: أيقر لك أنه كان لك عليه ثلاثة وعشرون؟ قال: لا. قال: فأطرق طويلاً ثم قال: إن أقمت بالبينة أنه كان لك عليه ثلاثة وعشرون حلفت وكان القول لك أنها منها لا من الثمانية عشر اه. انظر الحطاب. (وبيع من حابى من المردود إن ثبت التوليج) المحاباة هي البيع بأقل من القيمة بكثير لقصد نفع المشتري، فإن كان لجهل أو غفلة فغبن والتوليج الهبة بصورة البيع تحيلاً على إسقاط الحيازة، وقد يطلق على ما فيه ثمن تافه، وهو مراد الناظم بقوله: من حابى كأن يبيع لابنه أو زوجته أو أم ولده ما يساوي مائة بعشرة ولم يخرج عن ذلك ولا حيز عنه حتى مات، فإنه يرد وللمشتري ثمنه لا غير. قال ابن سلمون:فإن صير في حق ثابت أو باع منه بثمن قبضه وكان في ذلك محاباة وغبن بطل باتفاق. قال في العتبية: سئل مالك فيمن ولى ابنه حائطاً اشتراه بثمن يسير وثمنه اليوم كثير؟ فقال: لا يجوز إلا أن يحوزه له الأب، وسئل ابن القاسم في الذي يبيع من ابنه الصغير الأرض بعشرة

دنانير وهي تساوي مائة؟ فقال: إن كانت بيد الأب حتى مات فأراها موروثة ولا أرى للولد إلا العشرة اه. ويثبت التوليج (بالشهود) يشهدون (إما بالإقرار) من المشتري بعد البيع أنه إنما كان صورة (أو الإشهاد لهم) أي عليهم (به في وقت الانعقاد) قال ابن سلمون: وكيفية ثبوت التوليج أن يقول الشهود: توسطنا العقد واتفقا جميعاً على أن ما عقداه جميعاً من البيع والتصيير سمعة لا حقيقة له، أو يقولوا: أقر لنا بذلك المشتري بعد البيع اه. زاد الشارح: أن يقولوا أشهدنا فلاناً وفلاناً على شهادتهما بأحد هذين الوجهين اه. وليست هذه في كلام الناظم وإنما هي من باب النقل ولو شهد المنقول عنهما لثبت أيضاً، فإن لم يثبت التوليج فإن لم يكن ميل فلا يمين (ومع ثبوت ميل بائع لمن منه اشترى يحلف) المشتري (في دفع الثمن) أنه دفعه وأنه اشترى شراء صحيحاً، ويثبت البيع. وظاهره المصنف أنه يحلف على دفع الثمن عاينته البينة أو لا. قال الزقاق:

لكن يحلف أن جرى

نزاع بتوليج وميل تحصلا

إذا لم يعاين قبض حق وإن بدا

فلا وخلاف فيه مع تهمة جلا

فصل في حكم المدين

الصيغة للمبالغة. والمراد المدين وهو أقسام كما قال: (ومن عليه الدين إما موسر) قادر على الخلاص في ظاهر الحال (فمطله ظلم) لحديث «مطل الغني ظلم» (ولا يؤخر أو معسر) بالنقد وله عروض وأصول يحتاج في بيعها إلى زمان (قضاؤه) ببيعها عاجلاً (إضرار فينبغي) أي يجب (في شأنه الإنظار) قال ابن رشد: كان الشيوخ بقرطبة يفتون بتأخيره بالاجتهاد وعلى قدر كثرة المال وقلته، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال، وعلى ذلك تدل الروايات اه. (أو معدم وقد أبان معذرة) أي أقام بينة بعدمه (فواجب إنظاره لميسرة) للآية الكريمة. (ومن على الأموال قد تقعدا) أي أخذ أموال الناس وتقعد عليها وادعى العدم، وهو في موضعه لا يعلم أنه سرق له مال ولا غصب. (فالضرب والسجن عليه سرمدا) حتى يؤدي ما عليه (ولا التفات عند ذا) أي عند تقعده على الأموال (لبينة لما ادعى من عدم مبينة) أي شاهدة بدعواه العدم دون أن تشهد له بتلف أو غصب وإنما يبرئه الأداء (وإن أتى بضامن فبالأدا حتى يؤدي ما عليه قعدا) قال في المقدمات: وأما المحبوس لتقعده على أموال الناس فلا ينجيه من السجن والضرب على ما روي عن سحنون: إلا حميل غارم اه. وحاصله أن المدين إما ظاهر الملاء فيؤمر بالأداء وإلاَّ سجن، أو معلوم الملاء تقعد على أموال الناس فيسجن ويضرب ولا ينجيه إلا حميل غارم أو معدم ثابت العدم، فنظرة إلى ميسرة، وإن كان غير ثابتة سجن أو أعطى حميلاً حتى يثبته أو معسر غير معدم فيؤجل بضامن أو مجهول حال، وإليه أشار بقوله:

وحيثما يجهل حال من طلب

من كونه معسراً أو موسراً وهو قسمان إما أن تلحقه تهمة وسيأتي أو لا. (وقصد اختباره بما يجب) فيه شرعاً من الحبس والتضييق (فحبسه مقدار نصف شهر إن يكن الدين يسير القدر) قال في المقدمات: كالدريهمات. (والسجن في توسط) أي المال المتوسط بين القلة والكثرة (شهران وضعف ذين، وهو أربعة أشهر يحبس (في) المال (الخطير الشان) و لم يذكروا قدره ولعله يختلف باختلاف الناس (وحيث جاء) الغريم (قبل) أي قبل حبسه (بالحميل بالوجه) كما فسر به التونسي إطلاق المدونة (ما للسجن من سبيل) بل يخلي ويؤمر الحميل بإحضاره لانقضاء المدة التي يسجن فيها لاختبار حاله، فإن أحضره برىء وحبس الغريم إن تبين له مال حتى يؤدي أو أحلف وأطلق إن لم يتبين له، وإن لم يحضره غرم، وإن أثبت أنه عديم من أجل اليمين اللازمة له قاله في المقدمات (خ): وحبس لثبوت عسره إن جهل حاله و لم يسأل الصبر له بحميل بوجهه فيغرم إن لم يأت به. ولو أثبت عدمه. ثم أشار إلى مسألة كان حقها التقديم لأنها من تمام قوله: أو معسر قضاؤه

إضرار البيت. فقال: (وسلعة المديان) يريد الغريم تعجيل بيعها عليه وطلب ربها رهنها حتى يأتي بالدين (رهناً تجعل وبيعها عليه لا يعجل) لإضراره به (وحقه مع ذاك) أي مع جعلها رهناً (أن يؤخرا) أجلاً (بحسب المال) قلة وكثرة (لما القاضي يرا) ه باجتهاده هذا الذي جرى به الحكم ودلت عليه الروايات عن مالك وأصحابه قال ابن رشد في نوازله. ولا بد أيضاً من النظر لما جرت به العادة في تلك السلعة من نقد ثمنها فيضيق في الأجل على مبتاعها، ولا سيما إن كان من المترددين الجلب لما عليه من الضرر في الفسحة قاله الشارح وأشار للقسم الثاني من المجهول وهو المتهم فقال:

والحبس للملد والمتهم

بكتم المال وهو تفسير للملد، وعبارة ابن سلمون: وأما حبس من ألد واتهم أنه خبأ مالاً فإنه يحبس حتى يؤدي أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح يستمر. (إلى الأداء أو ثبوت العدم) بالبينة أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن وحلف وسرح. قال ابن رشد: فإن سأل هذا المحبوس باللدد والتهمة أن يعطى حميلاً بوجهه ولا يسجن لم يجب إليه. (وليس ينجيه من اعتقال) بحبسه (إلا حميل عازم للمال) لأن المقصود التضييق عليه لتهمته (وحبس من غاب على المال) كائن ومستمر (إلى أدائه أو موته معتقلاً) في السجن وقد مر ذلك في قوله: ومن على الأموال قد تقعدا قال ابن سلمون: وحبس الغريم على ثلاثة أوجه حبس تلوم واختبار فيمن جهلت حاله فيحبس بالاجتهاد حتى يتبين أمره، والثاني: حبس من ألد واتهم أنه خبأ مالاً فيحبس حتى يؤدى أو يثبت عدمه، والثالث: حبس من أخذ أموال الناس وقعد عليها وادعى العدم وتبين كذبه إذ لم يعلم أنه جرى عليه سبب أذهب ما عنده من أموال الناس فيحبس حتى يؤدى أو يموت في السجن. وروى سحنون أنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة حتى يؤدى المال وبه القضاء اه. (وغير أهل الوفر) أي المال (مهما قصدا تأخيره وبالقضاء وعدا. مكن من ذاك بضامن) بالمال (وإن لم يأت بالضامن للمال سجن) (خ) وإن وعد بقضاء وسأل تأخير كاليوم أعطي حميلاً بالمال وإلاً سجن. وفي المقدمات: وإذا حل الدين وسأل أن يؤخر ووعد بالقضاء فليؤخره الإمام حسبما يرجو له ولا يعجل عليه بالتفليس، (ومن له وفر) وعرف بالناض (فليس يضمن) ولا يؤخر (فإن قضى الحق الذي عليه فذاك (وإلا يسجن) (خ): وإن علم بالناض لم يؤخر وضرب المرة بعد المرة (وأوجب) القاضي أبو بكر (أبن زرب أن يحلفا من كان باكتساب عين عرفا) وهم التجار لأن الغالب على أموالهم حضور الناض عندهم وكان لا يرى اليمين على غير التجار وهو تنويع حسن قاله ابن سهل في أحكامه. (ومحمل الناس على حال الملا) ء فمن ادعى العدم فعليه

إثباته (على الأصح وبه الحكم خلا) وهو مما قدم فيه الغالب على الأصل لأن الإنسان يولد فقيراً (ويشهد الناس بضعف) للمدين أي بقلة ذات يده وضعف صنعته أو تجره (أو عدم) وأنهم لا يعلمون له مالاً ظاهراً ولا باطناً (ولا غنى في الحالتين) شهادتهم بالضعف وشهادتهم بالعدم (من) أي عن (اسم) من المشهود له لأن كل من شهد له بظاهر فلا بد من حلفه (بما) أي على وفق ما (اقتضاه الرسم لا) على (اليقين) فيحلف أنه لا يعلم لنفسه مالاً ظاهراً ولا باطناً وإن وجده ليقضين ولا يقول ليس لي مال (إذ لا يصح بت ذي اليمين) لإمكان إرثه مالاً لم يعلم به وقيل يحلف على البت، وقد جزم به في الوثائق المجموعة، واعتمد البات على ظن قوي فإن حلف انظر الهدم، وأخذ من الضعيف القليل الذي بيده

ودفع للغرماء قاله ابن سلمون وغيره. ولا بد أن يترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لظن يسرته (ومن نكوله عن الحلف بدا) وامتنع منه (فإنه يسجن بعد أبداً) ولا يطلق حتى يؤدى (وحيث ثم رسمه) مع حلفه (وعدما) بتشديد الدال أي حكم بتعديمه (كان عديماً لأولاء الغرما) ولا مطالبة لهم عليه (إلا إذا استفاد من بعد العدم) الثابت بالبينة (مالاً) بإرث أو هبة أو تجارة (فيطلبونه بالملتزم) وهو الباقي لهم في ذمته ولو داين غيرهم فقاموا عليه فلا دخول للأولين إلا فيما يحصل له من ربح، ومفهوم إلا إذ استفاد مالاً أنه إذا لم يستفد مالاً فهو على عدمه وإن طال الزمن. ابن ناجي: وبه العمل. وفي المعيار إن استظهر المدعى عليه برسم عدمه نفعه لستة أشهر، فإن زادت المدة عليها فلا بد من استئناف عدم آخر إلا أن يطرأ له مال فلغرمائه أن يقوموا عليه في أقل من هذه المدة اه. وظاهره قام عليه المعدمون له أو لا أو غيرهم وهو ظاهر. (وينبغي إعلان حال المعدم) وإشهار عدمه (في كل مشهد بأمر الحاكم) ليعلم الناس حاله فلا يعامله من يعامله إلا على بصيرة من أمره، وكذلك ينبغي إشهاره أيضاً عند التفليس. قال أصبغ:

وإذا فلس المديان أو مات نودي عليه في باب المسجد في مجمع الناس ألا إن فلاناً قد فلس أو مات فمن له عليه دين أو قراض أو وديعة أو بضاعة فليرفع ذلك للقاضي اه. من التتائي وفي الموطأ أن رجلاً من جهينة كان يسبق الحاج فيشتري الرواحل فيغلي بها ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد أيها الناس فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال له سبق الحاج ألا وإنه قد دان معرضاً فأصبح قدرين به فمن كان له عليه دين فليأتنا بالغداة فقسم ماله بينهم، وإياكم والدين فإن أوله هم وآخره حزن. (ومثبت للضعف حال دفعه لغرمائه) حال مبتدأ خبره قوله (بقدر وسعه) وطاقته على ما ذكرناه قبل (وطالب تفتيش دار المعسر) أي مدعي العسر ونازعه الغريم، وادعى أن له أموالاً وأمتعة بداره وسأل تفتيشها. قال ابن سهل: إنه شاهد الحكم والفتوى بذلك من أهل طليطلة لا يختلفون في أنه يجاب لتفتيشها، وأنه أنكر ذلك على أكثرهم فاستبصروا ولم يرجعوا عنه، وأنه سأل ابن عات فأنكره، وأنكره أيضاً ابن مالك وهؤلاء الثلاثة ومن وافقهم عنى المصنف بقوله: (ممتنع أسعافه في الأكثر) قال ابن سهل: وأعلمت به ابن القطان فقال لي: لا يعد ولم ينكره وأنا أراه حسناً ممن ظاهره الإلداد والمطل واستسهال الكذب والله أعلم.

فصل في الفلس

مشتق من الفلوس قال عياض: لأن المفلس صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة. وقسم ابن عرفة التفليس إلى أعم وإلى أخص وعرف الأعم بأنه قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به، والأخص بأنه حكم الحاكم بخلع مال المدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه، واعترض بأنه جعل الأعم مبايناً للأخص، ومن شأنه أن يصدق عليه وبأن الذي عند الفقهاء أن التفليس شيء واحد، وإنما اختلفوا فيه ما هو على ثلاثة أقوال كما في التوضيح وأبي الحسن فقيل هو حكم الحاكم بخلع مال الدين لغرمائه، وقيل سجنه لهم، وقيل مشاورته في ذلك وبأنه رتب على الأعم المنع من التبرع مع أنه مرتب على مجرد الإحاطة بالدين كما في (خ) وكما قال الناظم.

ومن بماله أحاط الدين لا يمضي له تبرع

من عتق ولا غيره (إن فعلا) لأنه إتلاف لمال الغرماء فلا يجوز له إلا أن يجيزوه هم (وإن يكن للغرما في أمره تشاوراً) بأن أرادوا تفليسه والحجر عليه ورفعوه للحاكم (فلا غنى عن حجره) بأن يمنع من التصرف فيما رفعه. (خ) وفلس حضر أو غاب بطلبه فمنع من تصرف مالي وبيع ماله بحضرته ولو كتبا أو ثوبي جمعة وترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لظن يسرته، وقسم بنسبة الديون وحل به وبالموت ما أجل وإلى هذا الأخير أشار الناظم بقوله:

وحل ما عليه

أي المفلس وهو من تشاور الغرماء فيه وحجر عليه (من ديون) ولو دين كراء لم يستوف منفعته (إذ ذاك) أي وقت التفليس (كالحلول) أي كحلول الدين (بالمنون) الموت (والاعتصار) لما وهبه لولده قبل إحاطة الدين بماله. (ليس بالمكلف له) وإن اعتصر كان لهم أخذها. اللخمي: للمفلس اعتصار ما وهبه لابنه ولا يجبر على ذلك. (ولا قبول غير السلف) من هبة أو مداينة أو كل ما يلحقه فيه منة، وأما السلف فإن طاع الرجل أن يسلف الطالب فيقضيه ماله على المدين ويرجع عليه لزمه و لم يكن للمدين أن يمتنع من ذلك، لأن المعروف إنما هو للطالب. وإن أراد أن يسلف المدين لم يلزمه قبوله قاله ابن رشد وغيره. وظاهر المصنف أن السلف لازم مطلقاً ومثله في ابن سلمون (خ): ولا يلزم بتكسب وتسلف واستشفاع وعفو الدية وانتزاع مال رقيقه أو ما وهبه لولده. (وهو) أي المفلس المحجور عليه (مصدق إذا ما عينا مالاً له وما) أي ومالاً (عليه أمنا) فإن قال: هذا لي فدونكموه، وهذا أمانة عندي أو قراض أو بضاعة فلا تقربوه، فيصدق ويكون للمقر له بعد يمينه كما في الطرر، وقيل لا يصدق. وثالثها: يصدق إن قامت بينة بأصله أي إن عنده أمانة مثلاً، وإن لم تشهد بعينها وهو قول ابن القاسم، وعليه اقتصر (خ) إذ قال: وقبل تعينه القراض والوديعة إن قامت بينة بأصله. (و) من اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس أو مات قبل أن يدفع الكراء ف (رب الأرض المكتراة إن طرق تفليس أو موتا بزرعها أحق) من سائر الغرماء لأن الزرع إنما نشأ عن أرضه فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز صاحبها فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي في يد بائعها قاله في التوضيح، وما ذكره الناظم من كونه أحق في الفلس والموت هو قول ابن القاسم وأصبغ، واقتصر عليه ابن سلمون وصدر به ابن الحاجب ثم قال: وقيل في الفلس دون الموت اه. وهذا هو المشهور قال في التوضيح القول الثاني: هو مذهب المدونة نص عليه في كتاب الدور وهو مذهب مالك وأصحابه، فكان ينبغي للمؤلف تقديمه ثم قال: ورأى في المشهور أن الزرع لما نشأ عن الأرض فغايته أن يكون كأنه باع الطعام فيكون أحق به في الفلس فقط اه. ونص المدونة: ومن اكترى أرضاً فزرعها و لم ينقد الكراء، ثم مات فرب الأرض أسوة الغرماء وإن فلس فرب الأرض أحق بالزرع من الغرماء أن يأخذ كراءه. ابن يونس: وجه هذا أن الأرض لما كانت مثمرة للزرع فكان ربها مخرج للزرع فلما أكرى أرضه أشبه بائع الزرع اه. وبه شرح المواق قول (خ) وقدم في زرعها في الفلس فالعجب من الشيخ (م) كيف سلم كلام الناظم كما سلمه الشارح واليزناسني والمحشي والله الموفق. (واحكم بذا) أي بكونه أحق مطلقاً (لبائع) عبداً مثلاً (أو صانع) ثوباً خاطه أو صبغه مثلاً وفلس المشتري قبل

قبض العبد أو المستأجر قبل أخذ الثوب من المستأجر، فالبائع أو الصانع أحق (فيما بأيديهم) في الفلس والموت (فما من مانع) لهم حتى يستوفوا منه ما وجب لهم وهو تتميم (وما حواه) أي حازه (مشتر) من السلع والأشياء وقبل أن يؤدى ثمنه بفلس (ويحضر) الشيء المبيع بعينه لم يتغير في ذاته (فربه في فلس مخير) إن شاء تركه وحاصص بتمنه وإن شاء أخذه (إلا إذا ما الغرماء دفعوا ثمنه) له (فأخذه ممتنع). ومفهوم في الفلس أنه في الموت يكون أسوة الغرماء وليس له أخذه (خ): وللغريم أخد عين ماله المحوز عنه في الفلس لا الموت ولو مسكوكاً أو آبقا، ولزمه أي الآبق إن لم يفده غرماؤه وأمكن لا يضع و لم ينتقل لا أن طحنت الحنطة أو خلطت بغير مثل فبقي على الناظم شرطان، ومن اشترى شيئاً ثم وجد به عيباً فرده على بائعه ففلس قبل أن يرد الثمن للمشتري فلا رجوع له فيه وهو قوله:

وليس من رد بسبب ما اشترى

بالبناء للفاعل (أولى به) من الغرماء (في فلس إن اعترى) بل هو أسوقمم. قال في المقدمات: وهذا بناء على أن الرد بالعيب نقض، وأما على أنه ابتداء بيع فيكون أحق بها اه. (والخلف) أي الخلاف (في سلعة بيع فاسد) بأن ابتاعها مثلاً وقت نداء الجمعة أو بيع ثنياً ونقد ثمنها أو أخذها عن دين كذلك ثم فلس البائع والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري، فإن البيع يفسخ فاختلف هل يكون المشتري أحق بها في الوجهين وهو لسحنون أو لا؟ وهو لابن المواز. (ثالثها) وهو لابن الماجشون (اختصاصها بالناقد) فتكون له دون الآخذ لها عن دين (خ): وفي كون المشتري أحق بالسلعة تفسخ لفساد البيع أو لا. أو في النقد أقوال. (وزوجة) دخل بها الزوج أم لا. ثم فلس أو مات و لم يكن دفع لها الصداق هي (في مهر كالغرما في فلس لا في الممات) فلا شيء لها وهذا ما في الجلاب، وقيل لا تحاصص فيهما، والثالث تحاصص فيهما وهو المشهور (خ): وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها كالموت. (فاعلما) تتميم (وحارس المتاع والزرع وما أشبهه) كأجير رعى ونحوه (معهم) أي الغرماء (وقد قسما) أي حاصص بأجرته ولا يختص في موت ولا فلس إلا أن يكون الراعي ينقلب بالماشية لبيته لا لبيت ربها فإنه أحق بها قاله اللخمي. ابن ناجي وقوله: عندي تفسير للمدونة ومثله مكتري الدابة يفلس مكريه فإن المكتري أحق بالمعينة وبغيرها إن قبضت ولو أدبرت.

باب في الضرر وسائر الجنايات

ومحدث ما

شيئاً (فيه للجار ضرر محقق) لا محتمل أو متوقع (يمنع) من إحداثه ويزال ما أحدثه (من غير نظر) ولا توقف لقوله عليه السلام «ولا ضرر ولا ضرار» ثم ذكر منه أمثلة فقال: (كالفرن) يحدثه قرب من يتأذى بدخانه أو بناره ومثله الحمام والمطبخ، (والباب) يعني في السكة الغير النافذة قال في المدونة: وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة باباً تقابل باب جارك أو تساويه لأنه يقول: الموضع الذي تريد أن تفتح فيه لي فيه مرفق افتح بابي في سترة ولا أدعك تفتح قبالة بابي أو قربه تتخذ علي فيه المجالس، وأما في السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت أو تحول بابك حيث شئت اه. وقيل: يجوز فتح

الباب في غير النافذة إن نكب و لم يكن فيه ضرر بملاصقة (ومثل الأندر) قبل بيت لتضرره بتبنه أو نفض حصيره على بابه لتضرر المارة (أو ماله مضرة بالجدر) جمع جدار كرحى أو حفر بئر أو مرحاض. وقال ابن الرامي: إذا ترك بين دور أن دابة الرحا وجدار الجار مقدار ثمانية أشبار أو شغله ببيت فله نصب الرحا في داره ومثله الإصطبل إذا بعد من الجدار وبنى حوله ما يمنع الضرر. (فإن يكن) المحدث (يضر بالمنافع كالفرن) يحدثه (ب) إزاء (الفرن) فتقل منفعته أو تنقطع (فما من مانع) ذكره ابن سهل في أحكامه، وقيل: يمنع. وأفتى به ابن منظور، وفي البيان أنه المشهور ذكره في كتابه السداد والأنهار في رجل أحدث رحا قرب أخرى قديمة ولا يمنع أيضاً من إحداث برج واتخاذ حمام إلا أن يجاور فداناً أو برجاً يأخذ له الحمام فيمنع من إحداثه قاله ابن سراج. (وهو) أي الضرر إذا تنازعا في قدمه وحدوثه محمول (على الحدوث حتى يثبتا خلافه بذا) القول (القضاء ثبتا) وهو ما في أحكام ابن سهل، ومقابله في كتاب ابن سحنون أنه محمول على القدم حتى يثبت حدوثه، وهذا مبني على أن الضرر يحاز بما تحاز به الاملاك، أما على القول بأنه لا يحاز فيزال بكل حال وسيأتي الخلاف في ذلك. (وإن يكن) الضرر (تكشفا) على جاره

مثل كوة في غرفة يشرف منها على ما في داره أو إسطوانة منع من ذلك ويؤمر بغلق الكوة والباب بالبنيان وقلع العتبة لئلا يحتج بها بعد زمان (فلا يقر) ذلك التكشف إذا كان (بحيث الأشخاص تبين) كزيد من عمرو (والصور) كالذكر من الأنثى والحسن من القبيح، ولابن رشد: يمنع من صعود المنار ولو قديمة حتى يجعل بها سائر يمنع من الاطلاع على الجيران من كل جهة حتى لا يتبين أشخاص ولا هيئات ولا ذكور ولا إناث قربت دورهم أو بعدت. (وما بنتن الريح يؤذي يمنع) منه (فاعله) ومريده وذلك (كالدبغ) والمذبح ونحوهما (مهما يقع) لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم وتصل إلى الأمعاء فتضر الإنسان وقد قال صلى الله عليه وسلم: «من أكل هذه الشجرة فلا يقرب مسجدنا يؤذينا.» (وقول من يثبته) أي الضرر (مقدم على مقال من ينفي) للضرر (يحكم) أي يشهد قال ابن عات: ذكر الباجي أنه إذا أتى ببينة تشهد بأنه لا ضرر على فلان في ذلك لم يلتفت إليها، والبينة التي شهدت بالضرر أتم شهادة وأولى بالحكم بها اه. ومثله للمتيطي (وإن جدار ساتر) بين دارين مملوك لأحدهما وليس بمشترك (تهدما) أي سقط وحده (أو) هدمه مالكه و (كان خشية السقوط هدما) لميلانه وتلاشيه (فمن أبى بناءه لن يجبرا) إذا طلبه الآخر (وقيل للطالب إن شئت استرا) على نفسك أودع (وعامد للهدم) للجدار الساتر (دون مقتض) له (عليه بالبناء وحده) والمجروران متعلقان ب (قضى إن كان ذا وجد) لما ينبني به (وكان) الجدار (ماله) أي ملكه (والعجز عنه) أي عن البناء مبتدأ (أدبا) مفعول مقدم (أناله) خبر، والمعنى فإن عجز عن البناء أدب لما فعل من الإضرار (خ): وقضى بإعادة الساتر إن هدمه ضرراً لا لإصلاح أو انهدام (وإن يكن) الجدار (مشتركاً فمن هدم دون ضرورة) تدعو لهدمه (بناءه) مفعول بقوله (التزم) فإنه هدم ملك غيره وأتلفه لغير موجب (وإن يكن) هدمه (لمقتض) كخوف سقوطه (فالحكم أن يبني مع شريكه وهو السنن) أي الطريق المشروعة (من غير

إجبار) له على أن يبنيه على الراجح وهو رواية عيسى.O (فإن أبى قسم موضعه بينهما) وبنى في نصيبه منه (إذا حكم) بينهما وهو تتميم وروى يحيي عن ابن القاسم أنه يجبر على بنيانه إذا كان قوياً، وقد أطال الحطاب في المسألة ثم حصل من كلام التوضيح والإرشاد أنه مهما أمكن قسمه قسم فإن لم يمكن قسمه فإما بنى معه أو باع، وهذا هو الراجح الذي رجحه صاحب الكافي وابن عبد السلام وغيرهما ويكون من أفراد قوله: وقضى عليه شريك الخ. (وإن تداعياه) أي

تنازعا الجاران في الجدار فادعاه كل لنفسه ولا بينة لواحد منهما لنفسه (فالقضاء) يكون (لمن له العقود والبناء) وفي الرسالة ويقضى بالحائط لمن إليه القمط والعقود، وفي المقصد المحمود لمن له العقود والقمط والبناء مع يمينه، وفي المفيد فإن كان عقد بنائه إليهما فهو بينهما وإلاَّ فهو لمن إليه العقود، وهذا كله عند عدم البينة قال الجزولي: والقمط والعقود لفظان مترادفان وهو ظاهر عبارة المصنف عبارة عن معاقد الأركان، وقيل عبارة عما يشد به وجه الحائط، وقيل متباينان فالقمط جمع قماط وهو ما يشد به وجه الحائط ويمنعه من الانتشار من جير أو غيره، والعقود عبارة عن تداخل الأركان. قال المكناسي: وحقيقته إن يكون الركن الذي يجتمع فيه طرفا الحائط آجره مركب بعضها على بعض كاشتباك الأصابع، وقيل القمط الفرج الغير النافذة، وقيل توجيه الآجر، وقيل السواري التي تبنى في الحائط فيكون لمن هي من جهته، فإن عرى عن هذه العلامات فأمن حمل الخشب عليه عند ابن القاسم، وقال الأخوان: لا يملك بحمل الخشب، وقال ابن الرومي: إن كانت الخشب مبنياً عليها ملكه بها، وإن كانت مزرقة لم توجب ملكاً. انظر المجالس قال فيها: وعلى القاضي أن ينظر في شهود أهل البصر في المباني ويختبر أحوالهم في أجرتهم، ويشترط عليهم أن لا يحكموا في حائط لأحد، وإنما يصفونه بما يزيل الإشكال مما تقدم ونحوه وينظر هو فيه.

فصل في ضرر الأشجار

وكل ما كان من الأشجار جنب جدار

أي حذاءه (مبدي انتشار) فهو على قسمين: إما أن يكون الجدار سابقاً على الأشجار أو العكس. (فإن يكن) الشجر (بعد الجدار وجدا) أي أحدث غرسه بعد بناء الجدار (قطع ما يؤذي الجدار) منه (أبداً) ولم يذكروا في هذا خلافاً (وحيث كان) الشجر (قبله) أي قبل بناء الجدار (يشمر) أي يقطع ما أضر من أغصانه بانتشاره وخروجه عن أرض صاحبه، وهو قول مطرف لأن الجدار بناء ربه في ملكه، فلم يكن لغيره أن يستحقه عليه بفروع شجرته، وقيل يترك لأن من بنى قرب الشجرة دخل على أنها تنتشر عليه. (وتركه وإن أضر الأشهر) وهو قول ابن الماجشون (خ): ويقطع ما أضر من شجرة بجدار إن تجددت وإلاَّ فقولان. وسلم الشارح قوله: وتركه الأشهر مع أنه نقل عن ابن يونس أن أصبغ قال بقول مطرف وقاله عيسى. وقال ابن حبيب: وبه أقول فانظره. وقد استظهره صاحب البيان ونصه: وقال مطرف وأصبغ ذلك له يعني القطع وهو أظهر وإياه اختار ابن حبيب صح منه من سماع عبد الملك من كتاب السلطان. (ومن تكن له بملك) أي في ملكه أو أرضه (شجرة أغصانها عالية منتشرة) في أرض صاحبها (فلا كلام عند ذا لجارها لا في ارتفاعها ولا) في (انتشارها) وإن منعته الشمس والريح فلا حجة له كالبنيان يرفعه الرجل في ملكه ما لم تخرج عنه، (وكل ما خرج عن هواء صاحبها يقطع) ذلك الخارج فقط (باستواء) فإن قال: أخاف أن يطرقني منها سارق أو يتكشف علي ففي العتبية عن ابن وهب أنه لا حجة له، وينذر إذا أراد أن يجنيها (خ) وصعود نخلة وأنذر بطلوعها. (وإن

تكن) شجرة (بملك من ليست له) أي في أرض غيره ملكها بشراء أو هبة أو قسمة وعظمت (وانتشرت حتى أظلت جله) أي جل ملك الغير (فما لرب الملك قطع ما انتشر) وانبسط منها وإن أضر بأرضه (لعلمه بأن ذا شأن الشجر) قاله ابن القاسم (والحكم في الطريق) تمتد عليها الأشجار وتضيق على المارة (حكم
الجار في قطع ما يؤذي من الأشجار) لأن الطريق حبس على سائر المسلمين، وذلك يوجب استواء الحكم أو تأكده وينقض البناء (خ): وبهدم بناء لطريق ولو لم يضر ولا بأس بالروشن والساباط ممن له الجانبان ولو بحافتي نهر إذا لم يضربان رفع عن رؤوس الركب و لم يظلم.

فصل في مسقط القيام بالضرر

وعشرة الأعوام لامرىء

مالك لأمر نفسه كما نبه عليه في الوثائق المجموعة (حضر) عالماً به ساكتاً بلا عذر (تمنع) الحاضر المذكور (إن قام) بعدها (بمحدث) بفتح الدال (الضرر) من إضافة الصفة للموصوف أي بالضرر المحدث (و) ه

ذا

القول (به الحكم) وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن نافع (وبالقيام قد قيل بالزائد في الأيام) اليسيرة كالعشرة بدليل جمع القلة.

قلت: والظاهر أن هذه الزيادة ليست بخلاف. قال ابن فرحون: وإذا سكت من أحدث عليه ضرر من فتح كوة أو خروج مرحاض قرب جدار ونحوه، و لم ينكره عشر سنين ونحوها حيز عليه، ولا مقال له حيث لم يكن له عذر في ترك القيام هذا قول ابن القاسم وبه القضاء. وقال أصبغ: إنما يحاز بالعشرين سنة ونحوها اه. وقيل: لا يحاز الضرر وإن طال، وبه صدر ابن سلمون قال: لأن الحيازة إنما هي في الأملاك، وأما الضرر فلا يزيده التقادم إلا ظلماً وعدواناً، وفي كتاب ابن يونس يحاز إن لم يزد كفتح باب أو كوة على جاره لا إن كان مما يزيد كالكنف والمطاهر والحفر التي يستنقع فيها الماء، وعليه ففي حوز الضرر وعدمه. ثالثها: إن كان مما لا يزيد وعلى الحوز ففي كونه بالعشر سنين أو بالعشرين ثالثها على ما عند الناظم في العشر وزيادة الأيام.

ومن رأى بنيان ما فيه ضرر

عليه وسكت (و لم يقم من حينه بما ظهر. حتى رأى الفراغ من إتمامه) وقام بحقه فيه (مكن باليمين) أي له القيام بعد حلفه أن سكوته لم يكن رضا ولا إسقاطاً لحقه (من قيامه) متعلق بمكن (فإن يبع بعد) أي بعد أن رأى البنيان ونحوه وسكت (بلا نزاع فلا قيام فيه) أي فيما أحدث (للمبتاع وإن يكن) قد تكلم فيه وخاصم و (حين الخصام باعا

فالمشتري يخصم ما استطاعا) قال ابن سلمون: ومن أحدث عليه بناء فسكت حتى فرغ ثم قام فيه فعليه اليمين أن سكوته لم يكن رضا بإسقاط حقه، فإن باعه و لم يقم ولا تكلم فيه لم يكن للمبتاع القيام به، فإن كان قد تكلم وباعه وهو في الخصام فللمبتاع أن يقوم فيه بما كان للبائع من ذلك اه. ونحوه في الشارح عن ابن فتحون وابن سهل قائلاً: روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أنه لا كلام للمشتري في ذلك إلا أن يكون البائعون باعوا وقد خاصموا. قال في وثائق ابن العطار: المعروف أن للمبتاع القيام على محدث الضرر على الدار تباع وكأنه وكيل البائع في ذلك اه. قلت: قد يحمل هذا على ما إذا شرع في الإحداث بعد ابتداء البيع والأخذ في الكلام فيه كما يفيده قوله: على الدار تباع، فإن الجملة حال.

ومانع الشمس أو الريح

أو هما (معاً لجاره) متعلق بمانع على أن اللام زائدة وكذا (بما بنى) والمعنى أن من منع ببنائه جاره الشمس والريح (لن يمنعا) من ذلك قال في المدونة: وإن رفع بنيانه فأفسد على جاره كواه وأظلمت أبواب غرفه وكواها ومنعه الشمس لم يمنع من هذا البنيان، وقال ابن نافع: يمنع من ضرر منع الضوء والشمس والريح اه. واختلف في منعه لك عن الأندر فقال الأخوان وأصبغ: لا يمنع من بناء، وقال ابن القاسم: يمنع وعليه اقتصر (خ) فقال: لا مانع ضوء وشمس وريح إلا لأندر. قال ابن الناظم: وإذا كان هذا هو المشهور فمثل الأندر مرج القصار ومنشر العصير ومربد التمر اه. وقد يكون منع الضوء في بعض البيوت أشد من ذلك، فينبغي أن يتبع فيه قول ابن نافع، وأما من حفر بئراً في أرضه ينقطع بها ماء بئر جاره ففي المقرب: يمنع، وإن كانت بعيدة من الأخرى قلت: وفي الجواهر يمنع إن كان في غنى عنها وإلاَّ لم يمنع وإن بطلت الأخرى لأنه يضر به منعه كما يضر بالآخر حفره، فهو أولى أن يمنع جاره أن يضر به في منفعة له من الحفر في حقه قاله أشهب قال: وكذلك قال لي مالك اه.

فصل في الغصب والتعدي

خ

الغصب أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة، وقال ابن عرفة: أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال فخرج بغير منفعة التعدي كما سيأتي، وبظلماً وتعدياً أخذ الجزية والسيد مال عبده، ومن قدر على عين شيئه وبقهر السرقة والخيانة وبلا حرابة أخصر من لا لخوف قتال بحرفين.

وغاصب

سوغ الابتداء به قصد الجنس (يغرم ما استغله من كل شيء) غصبه سواء في ذلك غلة الأصول والدواب والرقيق وغير ذلك، وسواء استعمل أو أكرى هذا ظاهره، وهو ما رواه أشهب وابن زياد عن مالك وهو مذهب الشافعي والرسالة قال فيها: ولا غلة للغاصب ويرد ما أكل من غلة أو انتفع اه. وقال ابن رشد: يرد الولد بلا خلاف. وفي الصوف واللبن قولان. وفي الأكرية والخراج وشبههما خمسة أقوال: يرد الغلة، ولا يرد، والثالث يرد إن أكرى لا إن انتفع، والرابع إن أكرى أو انتفع لا إن عطل، والخامس يرد غلة الأصول لا الحيوان، وهو مذهب المدونة لكن المشهور أنه يرد غلة المستعمل سواء كان عقاراً أو غيره كما في الحطاب. (ويرد أصله) أي الشيء المغصوب وهذا لا خلاف فيه (حيث يرى) باقياً (بحاله) لم يتغير و لم يتلف (فإن تلف) كما لو مات العبد المغصوب أو قتل قصاصاً (قوم) وضمن قيمته (والمثل) يضمن (بذي مثل ألف) ضمانه فإن عيبه خير بين تضمينه قيمته وأخذه وما نقص، فإن تعيب بسماوي خير بين قيمته وأخذه دون ما نقص. (والقول للغاصب) بيمينه (في دعوى التلف) لمغصوب ادعى ربه أنه باق عنده (و) في (قدر مغصوب) كثوب وقال ربه ثوبان (و) في (ما به اتصف) من جودة بحيث تكون قيمته عشرة ووصفه ربه بما يقتضي أنها عشرون. قال أشهب: يصدق الغاصب ولو ادعى ما لا يشبه كقوله: صماء بكماء و لم ينص الناظم على اليمين جرياً على عادة الفقهاء إذا قالوا: القول له فبيمين، وإذا قالوا يصدق فبدونها (خ): والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف كمشتري منه ثم غرم لآخر رؤية.

والغرم

إذا أكله أو أتلفه (والضمان) إذا أتلف بسماوي أو بفعل غيره كما يجب على الغاصب (مع علم يجب على الذي انجر إليه ما غصب) أي صار إليه الشيء المغصوب (بإرث أو من واهب) وهبه له (أو) من (بائع) باعه له (خ): ووارثه وموهوبه إن علما كهو، وقال ابن عرفة فيها مع غيرها من ابتاع شيئاً من غاصب أو قبله منه وهو عالم أنه غاصب فهو كالغاصب في الغلة والضمان ثم شبه في ضمان الغاصب ضمان المتعدي واصفاً له بما يفيد تعريفه فقال: (كالمتعدي غاصب المنافع) فقط دون قصد لتملك الرقبة ويأتي بيان ما يضمن، ومفهوم الغاصب والمتعدي من ألحق بهما أن من حاز شيئاً بشبهة من شراء أو غيره ثم استحق بوجه من الوجوه الشرعية لا يرد الغلة وعليه نبه بقوله: (وشبهة) للملك (كالملك) التام الذي لم يطرأ عليه استحقاق ولا غيره (في) ه (ذا الشأن) أي شأن الغلة فلا يردها واحد منهما (لقوله) صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان) خرجه أحمد في مسنده وابن عدي في كامله والحاكم والنسائي وترجم عليه، ثم ذكر المواضع التي لا ترد فيها الغلة فقال: (ولا يكون الرد في استحقاق) من يد مشتر أو موهوب أو غيرهما بعد أن استغلوه مدة (و) لا في (فاسد البيع) كان المبيع قائماً ورد أو فات ولزم فيه الثمن أو القيمة، وهذا معنى قوله: (على الإطلاق و) لا في (الرد بالعيب) يطلع عليه بعد أن استغل (ولا في السلعة) كسفينة أو آلات انتفع بها أو اكتراها ثم فلس قبل أن يدفع ثمنها حال كونها (موجودة في فلس و) لا في (الشفعة) يقوم بها الشفيع بعد أن استغل المشتري فلا يرد الغلة

في شيء من هذه الوجوه الخمسة لكون الشيء كان في ضمانه، والغلة بالضمان. واعلم أن عدم رد الغلة في هذه المسائل إنما هو مطلق إذا كان المبيع لا غلة فيه يوم البيع ولا يوم الرد واغتل فيما بين ذلك فإن كانت موجودة يوم البيع فهي أو عوضها للمشتري بكل حال لأنها مبيعة وإن كانت موجودة يوم الرد فقط فهي للمشتري في الفلس بالجذ

وفي العيب والفساد بالزهو وفي الشفعة والاستحقاق باليبس، وضبط ذلك بعضهم بقوله: تجذ عفزا شسيا. فالتاء للتفليس، وجذ للجذ، والعين للعيب، والفاء للفساد، والزاي للزهو، والشين للشفعة، والسين للاستحقاق، والياء لليبس اه. وتبعه ابن غازي فقال:

ضمن بخرج وفيا

تجذ عفزا شسيا

ثم المتعدي إذا أتلف الشيء ضمنه ولا إشكال، وإن عيبه فقط فلا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يكون العيب كثيراً، أو يسيراً، وكل منهما إما أن يفيت المقصود من الشيء أو لا. فإن أفات المقصود خير المالك وإلا فليس له إلا أرش العيب، وإلى ذلك أشار بقوله: (ومتلف منفعة مقصودة مما له كيفية معهودة) كقلع عيني عبد وقطع يديه أو يد واحدة وهو صانع، أو قطع ذنب دابة كقاض أو ذي قدر، فإن ذلك وإن كان يسيراً يفيت المقصود من ركوبها وحكمه. (صاحبه) أي الذي أتلفت منفعته (خير) أي يخير (في الأخذ مع أخذه لأرش عيب حله) بأن يقوم سالماً ومعيباً ويعطى ما بين القيمتين (أو) بمعنى الواو أي يخير فيما ذكر وفي (أخذه لقيمة المعيب يوم حدوث حالة التعييب) وقال أشهب في الفساد الكثير: إنما له أن يضمنه قيمة جميعه أو يأخذه بنقصه ولا شيء له مما نقص. (وليس) يجب (إلا الأرش حيث المنفعة يسيرة والشيء) المجني عليه (معها في سعة) بأن لم يفت المقصود منه وبقي الانتفاع به كما كان ويعطي الأرش في ذلك (من بعد رفو الثوب) الذي خرقه (أو إصلاح ما كان منه قابل الصلاح) كقصعة أو عصا فيجبر ذلك ويأخذه ربه مع قيمة ما نقص (خ): والمتعدي جان على بعض غالباً فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها أو قلع عيني عبد فله أخذه ونقصه أو قيمته، وإن لم يفته فنقصه، ورفي الثوب مطلقاً وفي أجرة الطبيب قولان.

فصل في الاغتصاب

المراد به غصب المرأة وإكراهها على نفسها حرة كانت أو أمة. (وواطيء لحرة مغتصباً) بكسر الصاد أي زنى بها مكرهة (صداق مثلها) يوم الوطء باعتبار دين وجمال وحسب ومال وكونها بكراً أو ثيباً (عليه وجبا) ويتعدد الصداق بتعدد الوطآت بخلاف وطء الشبهة (خ): واتحد المهر إن اتحدت الشبهة كالغالط بغير عالمة وإلاَّ تعدد كالزنا بها أو بالمكرهة، ومفهوم أو بالمكرهة أن الزنا بالطائعة لا غرم فيه ولا شيء لها من الصداق فالصداق إذاً ثلاثة أحوال: سقوط ووجوب وتعدد اه. وإنما يجب عليه (إن ثبت الوطء) بإقراره بل (ولو ببينة بأنه غاب عليها معلنة) أي شاهدة بأنه غاب عليها بعد أن احتملها في غيبة يمكن فيها الوطء وادعته المرأة، وإن لم يشهد الشهود فيجب الصداق في الحرة (وقيمة النقص عليه في الأمة) أي وعليه في الأمة ما نقصها كيفما كانت (هبها سوى) أي غير (بكر) بأن تكون ثيباً (وغير مسلمة) أي يهودية

أو نصرانية (والولد) من الأمة (استرق) أي حكم برقه (حيث علما) أنه من الزاني بأن لم يكن لها زوج ولا سيد أو نفاه بشرطه. (والحد مع ذاك) الغرم (عليه فيهما) أي في الحرة والأمة. قال في المقدمات، خلافاً لقول أبي حنيفة: لا صداق عليه مع الحد، وهذا إذا ثبت الوطء عليه بأربعة شهداء على معاينة الفعل، أو أقر بذلك على نفسه، أو ادعت ذلك عليه مع قيام البينة على الغيبة عليها نقله الشارح ثم قال عن المقرب فيمن اغتصب امرأة ووطئها في دبرها: أنه يجب عليه الصداق ولا يجب عليه الحد إلا بالإقرار والشهادة على الوطء، فإن لم تكن الشهادة إلا على الاغتصاب والخلوة وادعت المرأة الوطء وأنكر هو فلا حدّ عليه ويعاقب عقوبة شديدة اه. وهذا هو المعول عليه وأن الحد لا يجب إلا بالبينة على معاينة الوطء أو الإقرار هذا حكم ما إذا ثبت الاغتصاب. (وإن يكن ذا الغصب بالدعوى) فقط دون بينة ولا إقرار (ففي تفصيله بيان حكمه) مبتدأ (يفي) خبر وفي متعلق به، والتقدير فبيان حكمه يجيء

مستوفى في تفصيله، وحاصل التفصيل أن المدعى عليه إما أن يكون مشهوراً بالدين والخير أو مشهوراً بالسوء والفسق أو مجهول الحال، وفي كل إما أن تدعي عند النازلة وتأتي متعلقة أو تدعي بعد حين فالأقسام ستة وإليها أشار بقوله:

(فحيثما الدعوى على من قد شهر بالدين والصلاح والفضل) وعبارة ابن رشد على رجل صالح لا يليق به ذلك. (نظر فإن تكن) الدعوى (بعد التراخي) عن النازلة (زمناً) قريباً أو بعيداً، وعبارة ابن رشد: فأما القسم الأول وهو أن تدعي على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة به فلا خلاف أنه لا شيء على الرجل، وأنها تحد له حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل وهو قوله: (حدت لقذف) أي لأجله (و) حدت أيضاً (ب) سبب (حمل) أن ظهر بها (ل) أجل ا(لزنا وحيثما رحمها منه) أي الحمل (بري فالحد تستوجبه في) القول (الأظهر) أخذاً من قول ابن رشد يتخرجان على الاختلاف فيمن أقر بوطء أمة وادعى شراءها أو امرأة وادعى أنه تزوجها فتحد على مذهب ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها، ولا تحد على مذهب أشهب اه. ولا مهر على الرجل ولا يمين كما يقوله قريباً: (وذاك) الحكم المذكور في المشهور بالخير منقول (في المجهول حالاً) مع تفصيل في المرأة مذكور في قوله (إن جهل حال لها أو لم تحز صوناً نقل) هو الخبر عن قوله وذاك، وفي المجهول متعلق به أي وذاك الحكم نقل في المجهول الحال إن كانت هي أيضاً مجهولة الحال أو كانت غير صينة، فإذا لم يكن تعلق حدت للقذف وللزنا إن ظهر بها حمل وإلا فقولان. (وإن تكن ممن لها صون ففي وجوبه) أي حد القذف عليها (تخريجاً الخلف قفي) أي قولان مخرجان وعلى القول بالحد لا شيء على الرجل (وحيث قيل لا تحد) فعليه اليمين (و) إن (نكل فالمهر) يلزمه بنكوله (مع يمينها لها حصل) ولا حدّ عليه فيما يظهر لأنه لم يقر (وما على المشهور بالعفاف) وهو المذكور أولاً. (مر ولا حلف بلا خلاف) كما مّر في نص ابن رشد. ثم أشار إلى قسيم قوله: فإن تكن بعد التراخي فقال: (وحيث دعوى) على المشتهر بالخير (صاحبت تعلقاً) به وقت النازلة وجاءت مستغيثة وتدمى إن كانت بكراً كما مر. ف (حد الزنا يسقط عنها مطلقاً) ظهر بها حمل أو لا. لما بلغت من فضيحة نفسها (والقذف) لا حدّ عليها فيه عند غير ابن القاسم و (فيه الحد لابن القاسم وحلفه لديه) عند ابن القاسم (غير لازم)لأنه قد برأه ونزهه (ومن نفي الحد) عنها بقذفه (فعنده يجب تحليفه) لها (بأن دعواها) عليه (كذب) فإن حلف برىء (ومع نكوله) عن اليمين (لها) هي (اليمين) فتحلف إن ما ادعته عليه لحق (وتأخذ الصداق ما) أي شيء (يكون) صداق مثلها قل أو جل، ومحل الخلاف في حدها للقذف إذا كانت معروفة بالصون وحسن الحال. (وحدها له اتفاقا إن تكن ليس لها صون ولا حال حسن) ثم أشار إلى ما إذا كانت الدعوى المصحوبة بالتعلق على مجهول حال، وحاصلها لا حدّ عليها لا

للزنا ولا للقذف اتفاقاً فيه إن كانت صينة، وإلاَّ فقولان وهو قوله: (وعدم الحد) أي للقذف وأما للزنا فظاهر نفيه (كذا) أي ساقط (للمنبهم حالاً) تمييز محول عن الفاعل (إذا كانت) صينة (توقى) أصله تتوقى (ما يصم) بعيب (وأنت تكن لا تتوقى ذلك) أي العيب (فالحلف) في حدها (تخريجاً) حال من فاعل (بدا هنالك) وإذا قلنا: لا تحد أتفاقاً في الصينة، وعلى أحد القولين في غيرها فلا بد أن يحلف، فإن نكل حلفت وأستحقت عليه الصداق كما قال بعد هذا.m وإن يكن مجهول حال فيجب تحليفه ومع نكول ينقلب. لهذا محله ولعل وضعه هناك من مخرج المبيضة. ثم أشار إلى دعواها على السيىء فقال:

وفي ادعائها على المشتهر بالفسق حالتان للمعتبر

إحداهما (حال تشبث) تعلق (وبكر تدمى فذي سقوط الحد عنها عمى. في القذف والزنا) إن لم يظهر حمل بها (وإن حمل ظهر) لما بلغت من فضيحتها (وفي وجوب المهر) لها عليه (خلف معتبر) فروى عيسى عن ابن القاسم: لا شيء لها ولو كان أشر من عبد الله بن الأزرق في زمانه، وروى أشهب عن مالك: لها ذلك. وقال ابن الماجشون: لها الصداق إن كانت حرة ولا شيء لها إن كانت أمة، (وحيث قيل إنها تستوجبه) فقال ابن رشد: روى أشهب عن مالك تأخذه بغير يمين، وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بعد اليمين وهو أصح، وإليه أشار بقوله: (فبعد حلف في الأصح تطلبه، وإن يكن مجهول حال فيجب، تحليفه ومع نكول ينقلب) تقدم أن هذا في غير محله (و) الثانية (حالة) تدعي فيها على المشتهر بالفسق (بعد زمان الفعل، فالحد ساقط) للقذف وكذا للزنا (سوى مع حمل) ظهر بها فتحد (ولا صداق) لها قال ابن رشد: وينظر الإمام في أمره فيسجنه ويتجسس ويفعل به ما يكشف له عن أمره، (ثم إن لم ينكشف، من أمره بالسجن شيء فالحلف) ولفظ ابن رشد حلفه (وإن أبى من اليمين) أي نكل عنها (حلفت) هي (ولصداق المثل منه استوجبت).

فصل في دعوى السرقة

السرقة أخذ مال أو طفل من حرز خفية من غير أن يؤمن عليه، وقال ابن عرفة: أخذ مكلف حراً لا يعقل لصغره أو مالاً محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرزه بقصد وأحد خفية لا شبهة له فيه، قال: فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي وما اجتمع بتعدد إخراج وقصد والأب مال ولده، والمضطر في المجاعة اه. فالأول من محترماً والأخيران من لا شبهة، ويرد عليه خمر الذمي وما أخذه اليسير، وإن أمن فإنه لا قطع فيهما. (ومدع على امرىء إن سرقه و لم تكن دعواه بالمحققة) بأن قال: اتهمته أو معناه أنه لا بينة له، وإن كانت دعوى تحقيق والكل صحيح إذ في النقل ما يشهد لهما، ففي المدونة: وإن ادعى رجل على رجل أنه سرقه واتهم بها من لا يعرف بذلك ولا يتهم فلا يكشف، وأما أهل التهم فلا بد أن

يستكشفوا ويستقصى عليهم وهو قوله: (فإن يكن مدعياً ذاك على من حاله في الناس حال الفضلاء فليس من كشف لحاله ولا، يبلغ بالدعوى عليه أملاً) بل يلزم القائل الأدب كما نقله الحطاب في باب الغصب، وفي ابن يونس عن كتاب ابن المواز: من جاء إلى الوالي برجل فقال: سرق متاعي أنه إن كان موصوفاً بذلك متهماً هدد وامتحن وأحلف، وإن لم يكن كذلك لم يتعرض له. وقال مطرف: إن كان المتهم بالسرقة معروفاً بها كان سجنه أطول. وإن وجد معه مع ذلك بعض السرقة فقال: اشتريته ولا بينة له وهو من أهل التهم لم يؤخذ منه غير ما في يديه، فإن كان غير معروف حبسه وكشفه عنه، وإن كان معروفاً بذلك حبسه أبداً حتى يموت في السجن. وقال مالك: يسجن بقدر رأي الإمام ثم يعاقب ويسرح ولا يسجن حتى يموت، وعليه مر الناظم فقال: (وإن يكن مطالباً) بفتح اللام خبر يكن واسمها (من يتهم فمالك) في الموازية (بالضرب والسجن حكم) فإن أقر مع الضرب أو في السجن ففي المعين عن سحنون: وإذا رفع للقاضي رجل يعرف بالسرقة والذعارة وادعى ذلك عليه رجل فحبسه لاختبار ذلك، فأقر في السجن فذلك يلزمه، وهذا الحبس خارج عن الإكراه وعليه عول الناظم

فقال: (وحكموا بصحة الإقرار من ذاعر) بالذال المعجمة بمعنى مفزع ومخيف أو بالمهملة، وفسره في المشارق بالزاني الفاسق السارق، وقال ابن الحجر: دعار طيء جمع داعر وهو السارق (يحبس لاختبار) وقال اللخمي فيمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال: قول مالك إنه لا حكم لإقراره ولا يؤاخذ به. قال في المدونة: وإن أخرج السرقة أو القتيل في حال التهديد لم أقطعه و لم أقتله حتى يقر بعد ذلك آمناً اه. وعليه مر (خ) فقال: وتثبت بإقرار إن أطاع وإلاَّ فلا ولو عين السرقة أو أخرج القتيل اه. (ويقطع السارق باعتراف) أي إقرار منه بالسرقة طائعاً آمناً عاقلاً بالغاً مع بقية الشروط من كون المسروق مالاً محترماً نصاباً من حرز لا شبهة فيه يصح بيعه لا خمر وطنبور إلا أن يساوي بعد كسره نصاباً ولا كلب مطلقاً أو أضحية بعد ذبحها. (أو) ب (شاهدي عدل) من إضافة الموصوف لصفته كصلاة الأولى ومسجد الجامع وعدل في الأصل مصدر يوصف به الواحد والمثنى والجمع (بلا خلاف) أي مع كون الشاهدين متفقين في عين السرقة وصفتها وزمنها ومكانها. فلو شهدا على رجل بأنه سرق شاة واتفقا في الموضع والوقت والفعل. وقال أحدهما: إنها نعجة والآخر كبش فهي مختلفة لا تجوز ولا يقطع ولو اجتمعا على الكبش وصفته وقال. هذا: سرقت يوم الخميس والآخر يوم الجمعة لم تجز. قال ابن القاسم في الموازية: وكله قول مالك (خ): وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخلت. (ومن أقر) بسرقة (ولشبهة رجع) كأن يقول أضافني فلان وتركني في بيته فأخذت منه كذا فظننته سرقة (دريء عنه الحد في الذي وقع) منه لأنه خيانة لا سرقة، وقد أخرجه في التوضيح من حد السرقة بقوله: من غير أن يؤتمن عليه، والظاهر أنه وارد على حد ابن عرفة (ونقلوا في فقدها) أي الشبهة ورجوعه لا لشيء بل يقول: ما سرقت بعد قوله سرقته (قولين) في قبول رجوعه وعدمه والأول المشهور (خ): وقبل رجوعه ولو بلا شبهة (والغرم) للمال (واجب على الحالين) الشبهة وعدمها إذا كان حراً.

تنبيه: كما يقبل رجوع المقر عن إقراره في السرقة يقبل في الزنا والشرب. قال أبو عمر: اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة على قبول رجوع المقر بالزنا والسرقة وشرب الخمر إذا لم يدع المسروق ما أقر به السارق اه. نقله المواق وفي ابن ناجي: إن الرجوع عن الإقرار بقتل الغيلة نافع، وذكر أبو الحسن في نوازله أن من أقر بقتل العمد فعفا عنه الولي فأنكر سقط

عنه السجن والضرب، وذكر غيره أن المشهود عليه بالزنا إذا أقر بالإحصان ثم رجع لم يرجم. والضابط أن كل ما كان حقاً لله فالرجوع عن الإقرار به نافع والله أعلم.

وكل ما سرق وهو باق

موجود بعينه عند السارق (فإنه يرد) لربه (باتفاق) أي إجماعاً حكاه ابن رشد. ثم قال: فإن تلف فذهب مالك إلى أنه إن كان متصل اليسر من يوم السرقة إلى يوم أقيم عليه الحد ضمن قيمة السرقة، وإن كان عديماً أو أعدم في بعض المدة سقط عنه الغرم وهو الصحيح اه. وإليه أشار بقوله: (وحيثما السارق بالحكم قطع فبالذي سرق في اليسر) يعني المستمر إلى وقت القطع (اتبع) فإن سرق حال عدمه أو أعدم حين قطعه لم يتبع لئلا يجتمع عليه مصيبتان قطع عضوه واتباع ذمته، ومفهوم قطع أنه إذا لم يقطع لكونه أقل من نصاب أو من غير حرز أو نحو ذلك اتبع مطلقاً وهو كذلك (خ): ووجب رد المال ان لم يقطع مطلقاً أو قطع إن أيسر إليه من الأخذ (والحد) لا الغرم (لازم على العبد متى أقر بالسرقة شرعاً ثبتا) خبر ثان عن قوله: والحد فلو أقر عليه بها سيده دونه فالغرم ولا قطع.

فصل في أحكام الدماء

القتل خطأ يوجب الدية وسيأتي. (والقتل عمداً للقصاص موجب بعد ثبوته) أي ما ذكر من القتل وكونه عمداً، والعمد ما قصد به إتلاف النفس أو الضرب على وجه الغضب والعداوة (خ): إن قصد ضرباً وإن بغضب كخنق ومنع طعام ومثقل. ابن رشد: فإن قصد الضرب و لم يقصد القتل وكان على وجه الغضب فالمشهور عن مالك أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب والأم، وإن كان على وجه اللعب فثلاثة أقوال. أولها: إنه خطأ وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة. ابن الحاجب: والزوج والمؤدب ونحوه يصيب مقتلاً أو غيره محمول على الخطأ حتى يثبت العمد لذلك، وقيل هو شبه العمد. وعن مالك شبه العمد باطل إنما هو عمد أو خطأ اه. وإنما يوجب العمد القصاص إذا كان المقتول معصوم الدم لا مرتداً أو زانياً محصناً و لم يكن القاتل زائد حرية أو إسلام فلا يقتل حر بعبد ولا مسلم ولو عبداً بكافر حر كما يأتي في قوله: والقود الشرط به المثلية الخ. وعلق بثبوته قوله: (بما يستوجب) الثبوت وبينه بثلاثة اشياء فقال: (من اعتراف) شخص (ذي بلوغ عاقل) طائع أنه قتل فلاناً لا صبي أو مجنون أو مكره (أو) بشهادة (شاهدي عدل بقتل القاتل) البالغ العاقل عمداً.

أو بالقسامة

وهي خمسون يميناً كما سيأتي (و) لا يمكن منها الولي بدون لوث بل (باللوث) وهو أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي (تجب) للأولياء (وهو) أي اللوث يحصل بأمور خمسة على ما ذكره الناظم: (بعدل شاهد بما طلب) من القتل (أو ب) شهادة (كثير من لفيف الشهدا) ء أي اثني عشر على ما جرى به العمل في الأموال وغيره، لكنها في الدم لوث فقط (ويسقط الإعذار فيهم) للخصم (أبداً) لأنه مدخول فيهم على عدم العدالة، لكن لا بد من الستر فلا يقبل الفاسق المنهمك ولا المتعصب ولا ينبغي للقاضي أن يتساهل في ذلك، وقد أخبرت بمصر أن كل من أراد شهادة وجد من يستأجره عليها (ومالك فيما رواه أشهب قسامة) بالنصب مفعول مقدم (ب) شاهد واحد (غير عدل يوجب) هو أي مالك فهو الخبر، والمشهور قول ابن القاسم: لا يوجب القسامة شهادة الواحد إلا أن يكون عدلاً وعلى الأول لا بد أن يكون مستوراً كما ذكرنا (أو بمقالة الجريح) أي من به جرح أو أثر ضرب أو سم. (المسلم البالغ الحر) ولو مسخوطاً سيىء الحال وادعى ذلك على ورع أو زوجة على زوجها (فلان بدمي) أي مؤآخذ به أو قتلني فلان، والجملة معمول مقالة حال كون القائل (يشهد عدلان على اعترافه) أي قوله: فلان بدمي أو قتلني ويستمر على ذلك فإن سمى غيره بعد بطلت وبرئا معاً. (وصفة التمييز من أوصافه) أي القائل، والظاهر أنه لا حاجة لهذا مع اشتراط البلوغ. (أو بقتيل) عطف على قوله: بعدل شاهد لما طلب وهو المثال الخامس للوث يعني: إذا شهد عدل فأكثر بأنه رأى المقتول يتشحط في دمه والمتهم قربه عليه آثار القتل كسيف مصلت بيده وهو معنى قوله: (معه قد وجدا من) أي الذي (أثر القتل عليه قد بدا) وزيد مثال سادس وسابع وثامن كشاهدين بجرح أو ضرب ثم يتأخر الموت، وكشاهد بذلك إن ثبت الموت وكإقرار القاتل في العمد فقط بشاهد، ومفهوم قوله: أو بمقالة الجريح إن المقالة المذكورة من غير الجريح لا عبرة بها وهو المعتمد. اللخمي:

اختلف إن قال: قتلني ولا جراح به، وتبين ذلك أن لا يقسم مع قوله: إلا أن يعلم أنه كان بينهما قتال. المتيطي: الذي به العمل والحكم قول ابن القاسم أنه إذا لم يكن بالمدمي إثر جرح أو ضرب لا يقبل قوله على فلان إلا ببينة على ذلك وقاله أصبغ اه. (وهي) أي القسامة (بخمسين يميناً) الباء زائدة ولو حرك الهاء لاستغنى عنها (وزعت على الذكور) من الأولياء إن كانوا أقل من خمسين فإن انكسرت كثلاث بنين أو أربعة جبرت ولا يأتي هنا على أكثر كسرها إنما ذلك في الخطأ فإن كانوا أكثر اكتفى بخمسين ويكتفي أيضاً باثنين طاعا بها من أكثر (ولأنثى منعت) في العمد بخلاف الخطأ فيحلفها من يرث وإن واحداً أو امرأة، وإنما يقسم حيث كانت الشهادة أنه قتله أو جرحه ولم يوجد جسده حياً ولا ميتاً (بعد ثبوت الموت) لاحتمال حياته (و) بعد ثبوت (الولاة) وأنهم المستحقون لدمه (ويحلفونها على البتات) لا على العلم. قال في المدونة: يمين القسامة على البت وإن كان أحدهم أعمى أو غائباً حين القتل. سحنون: لأن العلم يحصل بالخبر والسماع كما يحصل بالمعاينة اه. ويحلفون في شاهد الضرب مع تأخر الموت لمن ضربه مات، وفي الشاهد الواحد بذلك لقد ضربه ومن ضربه مات في كل يمين من الخمسين كما في نص ابن رشد قاله ابن عرفة. وتردد ابن عبد السلام: هل يحلف واحدة لقد ضربه ثم بخمسين لمن ضربه مات أو يضمها لها؟ وفي التوضيح أو يضمها في واحدة من الخمسين. (وتقلب الأيمان) أي أيمان القسامة من الأولياء (مهما نكلا ولي مقتول) يعني أنه إذا نكل الأولياء كلهم أو بقي منهم

واحد و لم يجد من يحلفها معه فتقلب (على من قتلا) أي على المدعى عليه، وإن كانوا جماعة حلف كل واحد خمسين ولا استعانة هنا، فان حلف برىء من الدعوى وضرب مائة وحبس عاماً، ومن نكل حبس حتى يحلف هذا هو المشهور، وقيل له أن يستعين فيحلف معه أولياؤه، وقيل من نكل لزمته الدية. (ويحلف اثنان بها) أي فيها (فما علا) أي فما زاد عليهما. ابن الحاجب: ولا يحلف في العمد أقل من رجلين عصبة، فإن لم تكن فموال، فإن لم تكن ردت الأيمان اه. فتلخص أن الأيمان ترد إذا نكل الأولياء أو فقدوا (وغير واحد بها لن يقتلا) خلافاً للمغيرة فإذا قام اللوث على جماعة أو قال: دمي عندهم، ففي التوضيح: المشهور أن القسامة لا تكون إلا على معين وهو الذي يريدون قتله ويقسمون لمن ضربه مات ولا يقولون من ضربهم هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب: يخيرون بين ذلك وبين أن يقسموا على جميعهم ثم يختارون واحدا للقتل. قال في التوضيح: وفيه نظر لأنه ترجيح بلا مرجح قلت: وكذلك الأول، واعلم أن القسامة إنما تكون في قتل الحر المسلم المحقق الحياة.

وليس في عبد ولا جنين

يقوم على قتلهما لوث (قسامة ولا) في (عدو الدين) من ذمي أو معاهد ولا في جرح ومن أقام شاهداً على قتل عبد أو كافر أو جنين حلف واحدة سيد العبد وأخذ قيمته وولي الكافر وأخذ ديته ووارث الجنين وأخذ الغرة، وإن نكلوا حلف القاتل وبرىء، وكذلك في الجرح يحلف مع شاهده ويقتص في العمد ويأخذ الدية في الخطأ (والقود) وهو القصاص المذكور أول الباب سمي قوداً لأن العرب كانت تقود الجاني بحبل في رقبته وتسلمه لولي الدم (الشرط به) أي فيه (المثلية في الدم) حين القتل (بالإسلام والحرية) أي فيهما فلا يقتل مسلم بكافر ولا حر بعبد ولا ذي شائبة (وقتل منحط مضى بالعالي) فيقتل الكافر بالمسلم ولو عبداً لأنه أشرف منه، ويقتل العبد بالحر إذا كانا مسلمين أو كافرين، فإن كان العبد وحده مسلماً لم يقتل وهي داخلة في قوله: (لا العكس) أي لا يقتل العالي بالمنحط (والنساء كالرجال) أي لا أثر للرجولية فيقتل الرجل بالمرأة باتفاق الأئمة الأربعة، وخالف الحسن الأئمة للآية. ولا أثر أيضاً لشرف أو فضل أو عدالة أو سلامة أعضاء، فيقتل الشريف بالمشروف، والعدل بالفاسق، والصحيح بالأجذم الأعمى المقطوع قاله ابن الحاجب. وفي الحديث «المسلمون تتكافأ دماؤهم» ولا أثر للتعدد فيقتل الجمع بالواحد المتمالئون وإن بسوط سوط والمتسبب مع المباشر كمكره ومكره.

تنبيه: لو قتل عبد مثله ثم أعتق أو كافر مثله ثم أسلم لم يسقط القصاص (خ) القتل عند المساواة بزوالها بعتق أو إسلام.

والشرط

للقصاص وهذا الشرط (في المقتول) فقط (عصمة الدم) احتزازاً من المرتد والزاني المحصن وقاتل الغيلة فلا يقتص من قاتلهم ولكن عليه الأدب لافتياته على الإمام (زيادة) حال أي حال كون العصمة زيادة (لشرطه) أي على شرط القصاص (المستقدم) من ثبوت القتل عمداً وكون القاتل مكلفاً غير زائد على المقتول بحرية أو إسلام حين القتل، ولا بد

من زيادة شرط آخر، وهو أن لا يكون حربياً، فلو قتل الحربي مسلماً أو أكثر ثم أسلم لم يقتل لأن الإسلام يجبّ ما قبله. (وإن ولي الدم للمال) اللام زائدة للتقوية وهو معمول لقوله: (قبل والقود استحقه فيمن) أي في قريبه الذي (قتل) أي: وإذا قبل ولي الدم الدية والحال أنه قد استحق القود وأبى القاتل (فأشهب قال) لأجل (لاستحياء) أي بقاء حياة القاتل (يجبر قاتل على الإعطاء) لأنه وجد سبيلاً لحقن دمه فليس له أن يسفكه قال: ولو فداه من أرض العدو لكان عليه ما فداه به، وقال مطرف: لأنه إنما يحامي عن مال يصير للوارث بقتله. (وليس ذا في مذهب ابن القاسم دون اختيار قاتل بلازم) لأن مذهبه أن الواجب هو القود، وأن الدية برضاهما، وأشهب يقول: الولي مخير بين أن يقتضي أو يأخذ الدية وهو مقتضى الحديث، وإن كان الآخر المشهور. (وعفو بعض) كابن من الأبناء أو عم من الأعمام المستحقين للدم (مسقط القصاص) ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبه من دية عمد (ما لم يكن من قعدد انتقاص) وبعيد في الدرجة كعم عفا مع وجود أخ فلا يجوز عفوه ولا يمضي على من هو أقرب منه، والمستحقون للكلام في الدم العصبة الأقرب فالأقرب كالنكاح يقدم، ابن فابنه فأب فأخ فابنه فعم فابنه والجد والأخ سيان، والنساء إن ورثن وعصبن و لم يساوهن عاصب فلا كلام فيه لعمة ولا لزوجة ولا لبنت مع ابن أو أخت مع أخ، وإنما ذلك كالبنت مع الإخوة أو الأخوات أو غيرهم من العصبة، والبنت أولى من الأخت، في عفو، وضده وإن عفت بنت من بنات نظر الحاكم. وفي بنات وعصبة لم يسقط إلا

بعفو من الفريقين إن كان الدم بقسامة وإلا فالحق للبنات أو الأم. (وشبهة تدرؤه) أي القصاص وتوجب الدية كضرب الزوج لزوجته أو المؤدب للمتعلم فيؤول للموت، فإن الإذن لهما في الضرب شبهة تدرأ الحد (وملك بعض دم الذي اعتراه الهلك) وهو المقتول كأربعة أولاد قتل أحدهم أباه فالدم للثلاثة مات أحدهم فورث القاتل ثلث نصيبه لأن إرثه كالمال وهو لا يقتل نفسه فصار كعفو البعض. (وحيث تقوى تهمة في المدعى عليه) و لم تصل إلى حد اللوث الموجب للقسامة (فالسجن له قد شرعا) حتى تثبت أو تضمحل فيطلق قال الشارح: وإذا سجن بالتهمة فأحرى مع اللوث إذا لم يقم بحكمه من القسامة لفقد من يحلفها بتصديقه لها ثم قال عن مالك: ولقد كان الرجل يحبس باللطخ والشبهة ويطال حبسه حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول حبسه اه. (والعفو لا يغني من القرابة في القتل بالغيلة والحرابة) هذا كالتخصيص لما فهم من قوله: وعفو بعض مسقط القصاص أي: وأحرى الجميع فأخبر بأن عفو قرابة القتيل كلاً أو بعضاً لا يغني ولا يجدي في قتل الغيلة والحرابة لأن القتل فيهما حد من حدود الله تعالى لا يجوز إسقاطه. قال الجزولي: وحقيقة الغيلة قال البزني: هي الغدر وهي أن يقتله على ماله أو على زوجته. وقال الزرقاني: هي القتل بحيلة والإتيان على الإنسان من حيث لا يتوهمه. قال في الرسالة: وقتل الغيلة لا عفو فيه. قال الجزولي: يعني لا للمقتول ولا للأولياء ولا للإمام لأن الحق فيه لله تعالى اه. والحرابة قطع الطريق وأخذ المال على وجه يتعذر معه الغوث في ليل أو نهار. قال ابن شاس: والغيلة من الحرابة. (ومائة يجلد) أي يضرب (بالأحكام من عنه يعفى) يعني أن كل من قتل عمداً ولو مجوسياً وثبت ذلك عليه ببينة أو إقرار أو لوث وعفى عنه بعد القسامة وقبلها فإنه يضرب مائة ويحبس سنة كما قال: (مع حبس عامل) مستأنف بعد العفو والضرب ولا يحسب فيه سجنه قبل قال في الطرر: وإذا أدمى على جماعة سجنوا كلهم لأنه لا يعلم على من يقسم منهم فيحبسون عاماً إذا مات المقتول مطلقين من غير حديد فإن كان جريحاً أو مريضاً سجنوا محددين بالحديد وهي رواية أبي زيد عن ابن الماجشون: لا بد للمسجون في الدم من الحديد وضربه مائة وسجنه عاماً

مستقبلاً من غير حديد اه. وهذا ما لم يكن القتل بإقرار رجع عنه وإلا سقط عنه الضرب والسجن كما مر في باب السرقة. (والصلح في ذاك) المذكور من الضرب والسجن (مع العفو استوى) فيضرب القاتل مائة ويسجن عاماً إذا صولح كما يجب عليه ذلك إذا عفا أو أسقط عنه الدم بوجه من الوجوه وهو معنى قوله (كما هما في حكم الإسقاط) للدم (سوا) تتميم وسواء كان القاتل مسلماً أو ذمياً أو حراً أو عبداً أو أمة أو مرأة قاله ابن القاسم (ودية العمد) أي الواجبة فيه إذا عفا بعض المستحقين للدم أو عفوا كلهم على الدية مهمة من غير بيان ولا دية لعاف مطلق إلا أن يظهر إرادها كقوله: لولا الحاجة ما عفوت عنه فتجب أيضاً (كذات الخطا) في كونها مائة من الإبل إلى آخر ما يأتي (أو) للتنويع (ما تراضى فيه بين الملا) أي ما تراضى عليه الجماعة من الأولياء مع القاتل، سواء كان مثل دية الخطأ أو أقل أو أكثر.1 (وهي) أي الدية (إذا ما قبلت) من القاتل (وسلمت) للأولياء (بحسب الميراث قد تقسمت) فتأخذ منها الزوجات والبنات أو الأخوة للأم على قدر فرائضهم بعد أن يقضي ما عليه من دين ولا شيء لأهل الوصايا منها لأنها كمال طرأ (خ): إلا أن ينفذ مقتله ويقبل وارثه الدية وعلم ثم أشار إلى جنس الدية وقدرها وذكر جملة من أحكامها وهي كما قال ابن عرفة: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد اه.

وجعلت دية مسلم قتل

خطأ أو عمداً (على) أهل (البوادي) جمع بادية (مائة من الإبل) كان ذلك في الجاهلية وأقره الإسلام، وأول من جعلها كذلك عبد المطلب وتجب في الخطأ مخمسة عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة. (والحكم بالتربيع في العمد وجب) فيسقط ابن اللبون ويؤخذ خمس وعشرون من كل صنف من الأربعة، وهذا على قول أشهب أو فيما إذا عفا على دية مبهمة أو من بعض الأولياء كما قدمنا. (وألف دينار على أهل الذهب) كالشامي والمصري والمغربي (وقدرها على أولي الورق) بسكون الراء ضرورة وهم أهل العراق وفارس وخراسان. (اثنا عشر ألف درهم لا أدنى ونصف ما ذكر) وهو خمسون من الإبل مخمسة في الخطأ ومربعة في العمد وخمسمائة دينار أو ستة ألاف درهم (في) دية الواحد من (اليهود) ذمياً أو معاهداً (وفي) دية الواحد من (النصارى) كذلك (ثابت الوجود) خبر عن نصف ما ذكر وفي اليهود متعلق به. قلت: وكان من حقه أن يزيد هنا بيتاً فيقول مثلاً:

وفي المجوسى وفي المرتد

ثلث خمس فادره بالعد

ذلك ستة أبعرة وثلثان وقس. ثم يقول: (وفي النساء) ممن ذكر مسلمات أو كتابيات أو مجوسيات (الحكم تنصيف الدية) الواجبة في ذكورهن لأن الله تعالى جعل اثنين منهن في واحد **فقال تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان}** (البقرة:282) وأعطاهما مال للواحد **فقال: للذكر مثل حظ الأنثيين}** (النساء:11) (وحاله) أي التنصيف (في كل صنف) من الملل المذكورة (مغنية) عن بيانها فيجب من الإبل في المسلمة خمسون وفي اليهودية والنصرانية خمس وعشرون، وفي المجوسية أو المرتدة ثلاثة أبعرة وثلث (وتجب الدية) أصالة بنص التنزيل (في قتل الخطأ) وما ألحق به من عمد الصبي والمجنون (والإبل) الواجبة فيها (التخميس) بدل أو مبتدأ ثان خبره (فيها قسطا) وتقدمت كيفيته (تحملها) أي

دية الخطأ (عاقلة للقاتل) وفي دخوله معهم روايتان المشهور دخوله. (وهي) أي العاقلة (القرابة من القبائل) أراد به طبقات العرب الست بدليل قوله: بعد الأدنى فالأدنى فيبدأ بالشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة. وقال ابن الحاجب: والعاقلة العصبة ثم قال: ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل. فإن لم تكن عصبة فموال فإن لم تكن فبيت المال إن كان الجاني مسلماً، وان كان ذمياً فأهل أقليمه من أهل دينه ويضم الأقرب من كورهم، ولو كان من أهل الصلح فأهل ذلك الصلح اه. قال في التوضيح: وحاصله البداية بالأقرب فالأقرب وما ذكره المصنف راجع للغة يعني في تسمية البطون المذكورة فإن لم يكن شيء من ذلك عادت الدية على الجاني بناء على المشهور من أنه يدخل معهم مقابله تسقط قاله ابن عرفة. ونقله الحطاب وفي الدر النثير: اختلف فيمن لا عاقلة له، فقيل: هدر، وقيل: على بيت المال، فإن لم يكن أو تعذر فعليه، وقيل: عليه وبه أفتى أبو الوليد راشد قال: ويدل قول ابن القاسم في المعاهد إذا قتل أحداً أن الدية في ماله لأنه لا عاقلة له وإنما تحملها العاقلة. (حيث

ثبوت قتله بالبينة) التامة (أو بقسامة) بشروطها (له) أي للقاتل خطأ (معينة) فإن كان ثبوته باعتراف القاتل لم تحملها العاقلة لأنها لا تحمل عمداً ولا اعترافاً ولا ما دون الثلث. (يدفعها الأدنى) للقاتل (فالأدنى) لهم، فإذا كان في الفخذ كغاية لم تلزم من فوقهم، واختلف في قدرها، فعن سحنون حد العاقلة سبعمائة، وفي البيان في رواية سحنون إذا كانت العاقلة خمسمائة أو ألفاً فهم قليل يضم إليهم أقرب القبائل (خ): وهل حدها سبعمائة أو الزائد على ألف؟ قولان. (بحسب أحوالهم) قلة وكثرة (وحكم تنجيم) مبتدأ خبره (وجب) أي فيجب في الدية أن تكون منجمة وذلك في ثلاث سنين تحل بأواخرها من يوم الحكم لا من يوم القتل أو الخصام في كل سنة ثلث، فإن كان الواجب نصفاً أو ثلاثة أرباع فللزائد سنة على المشهور، ثم بين دافعها بقوله: (من موسر مكلف حر ذكر) فلا تضرب على فقير ولا صبي ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة (موافق في نحلة) أي دين فلا يعقل مسلم عن كافر مطلقاً أو عكسه ولا يهودي عن نصراني أو عكسه، وإن كانوا من قبيلة واحدة. وفي بلد واحد. ابن الحاجب: ولا تضرب على فقير ولا مخالف في الدين الخ. وليس المراد بالنحلة المال المنحول لأن هذا يغني عنه قوله: (وفي مقر) أي محل الإقرار والسكنى (خ): و لا دخول لبدوي مع حضرمي ولا شامي مع مصري لاختلاف الدية في الأول. قال ابن القاسم: لا يستقم أن يكون في دية واحدة إبل وعين، وأجازه أشهب، ولفقد التناصر بعد المكان في الثاني ثم أشار إلى ما لا تحمله العاقلة فقال:

وكونها

أي الدية (من مال جان) لا على العاقلة (إن تكن أقل من ثلث) يعني أقل من ثلث كل من دية المجنى عليه ودية الجاني ومتى بلغت الجناية ثلث دية أحدهما حملتها العاقلة، فتحمل قطع المسلم أصبعين من المسلمة عشرين من الإبل لأنها أكثر من ثلث ديتها بحسب الأصل لا أصبعا واحداً أو اثنين من ذمية فعلى الجاني (بذا الحكم حسن) قال الشارح: وهو المعتمد في المذهب وبه الحكم. (كذا على المشهور من معترف تؤخذ) لأن العاقلة لا تحمل الإقرار هذا مذهب المدونة وقال الشارح: هو قول بعض المختصرين منها. (أو من عامد مكلف) أي ولا تحمل العاقلة أيضاً العمد بل ديته على الجاني العامد إذا كان مكلفاً لا إن كان صبياً أو مجنوناً فإن عمدهما كالخطأ تحمله العاقلة وكل ما حمله الجاني يكون حالاً عليه

لا منجماً وفات الناظم التنبيه على ذلك، وعلى أن هذا كله في الجرح ونجمت دية الحر في الخطأ بلا اعتراف على العاقلة والجاني، إن بلغت ثلث دية المجنى عليه أو الجاني، وما لم يبلغ الثلث فحال عليه كعمد ودية غلظت وساقط لعدمه لا ما لا يقتص منه من الجراح لإتلافه فعليها. (وفي الجنين) تضرب أمه أو تفزع فتلقيه ميتاً وهي حية فعلى فاعل ذلك بها (غرة من ماله) عبد أو وليدة ابن عبد السلام لم أر لأصحابنا في سن الغرة حداً. وقال الشافعي: أقله سبع سنين. (أو قيمة) لأن الميت (كالإرث في استعماله) و لم يشرح على هذا الشارح بل ولا ذكره ظاهره التخيير فهو كقول اللخمي الذي يقتضيه قول مالك وابن القاسم وأشهب: أن الجاني بالخيار بين أن يغرم الغرة أو يأتي بعشر دية الأم من كسبهم ذهب أو ورق اه. وهذا كله في الجنين الحر ولو من أمة المسلم أي المحكوم بإسلامه ولو من كتابية وفي الرقيق عشر قيمة أمه، وقيل ما نقصها فلو تعدد الجنين تعددت الغرة، فإن ألقته حياً واستهل صارخاً فالدية، وإن تعمده بضرب بطن أو ظهر أو رأس ففي القصاص خلاف.

وغلظت

الدية وفسر تغليظها بقوله (فثلث في الإبل) أي أخذت المائة من ثلاثة أصناف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة أي حوامل في بطونها أولادها. هكذا أخذها عمر رضي الله عنه من المدلجي الذي حذف ابنه بالسيف فمات، فقدم سراقة بن جعشم على عمر فذكر له ذلك فقال عمر: أعدد لي على ماء قديد مائة وعشرين ناقة، فلما قدم أخذ منها ما ذكر وقال لأخ المقتول: خذها فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ليس للقاتل شيء» رواه في الموطأ. (وقومت) المغلظة (بالعين) أي فيها مع تقويم المخمسة ليعلم ما بين القيمتين فيزاد بنسبته على الألف ديناراً والاثني عشر ألف درهم (في القول الجلي) مثلاً إذا كان قيمة المخمسة ألفاً وقيمة المغلظة ألفاً ومائتين فتنسب المائتان للمخمسة. هذا هو الصواب كما أشار له البساطي فيزاد الخمس وتكون على أهل الورق أربعة عشرة ألفاً وأربعمائة درهم، ولا تنسب الزائد للمغلظة كما قيل هذا هو المشهور. وقيل لا تغليظ إلا في الإبل. ابن عرفة: وفي تغليظها على أهل الذهب والورق قولان للمشهور واللخمي على أول قولي مالك في الموازية. (وهي) أي المغلظة (بالآباء) بطرح الهمزة منه (و) من (الأمهات) والجار متعلق بقوله (تختص والأجداد والجدات) ابن الحاجب: والأجداد والجدات للأب كالأب، وفي كونهما من الأم كالأم أو كأجنبيين قولان لابن القاسم وأشهب اه. والتشبيه في قوله قبل: وتغلظ الدية على الآباء والأمهات دون غيرهم في العمد الذي لا يقتلون به كما لو جرحه بحديدة وهو عمد، ولذلك لا يرث ويقتل غيرهم يعني لأن غيرهم لا يقبل منه أنه لم يرد بذلك القتل بخلاف الأب، ولذا لو ذبح ابنه أو شق بطنه أو حزّ يده فقطعها أو اعترف بقصد القتل اقتص منه. وقال أشهب: لا يقتص من الأب بحال.

تنبيه: والمغلظة هي في مال الجاني حالة لا على العاقلة ولا منجمة لأنها من العمد، وقد مر أن هذا حكمه ومن سماه شبه العمد أراد أنه يقبل من الجاني أنه لم يرد يفعله ما نشأ عنه من القتل كالزوج والمعلم ممن أذن لهم في الأدب،

وكالمتصارعين والمتلاعبين، وكالوكزة واللطمة والآلة التي لا تقتل عمن قال: إن ذلك لا قصاص فيه، فبهذا الاعتبار سمى اللخمي هذه الأقسام الأربعة شبه العمد والله أعلم. وقد تقدم للناظم: إن القسامة خمسون يميناً ووزعت، على الذكور

والأنثى منعت. وأنه لا يحلفها أقل من رجلين عصبة وإلاَّ فموال، وهذا في قتل العمد، وأما في قتل الخطأ فيحلفها كل من يرث من الذكور والإناث وإن واحداً أو امرأة، وإلى ذلك أشار بقوله.

ويحلف الذكور كالإناث

أيمان القسامة ويقتسموها (بنسبة الحظوظ في الميراث) فتحلف الزوجة مع الولد ثمن الأيمان والجدة سدسها وهكذا. (وإن يمين عند ذا) أي عند قسمها بنسبة الحظوظ (تنكسر يحلفها من حظه موفر) أي أكثر كسراً على المشهور كبنت وابن عليها ثلث الأيمان ستة عشر وثلثان فتحلف سبعة عشر، وقيل يكملها من حظه أوفر وأكثر عدداً وهو الابن في المثال فيحلف أربعاً وثلاثين فإن تساوى الكسر كثلاثة بنين أو أربعة كمل الجميع (وواحد يجوز أن يحلفا) الخمسين كلها (حيث انفراده بما تخلفا) عن الهالك من المال كابن واحد أو عاصب، فلو كانت بنت ونكل العاصب أو غاب حلفت خمسين وأخذت نصفها أو ثلثها إن كانت مع أخ، فإذا قدم حلف بقدر نصيبه وأخذه (وهذه الأحكام) المذكورة من حلف الإناث والواحد (طرا) جميعاً (تعتمد) ويصار إليها (بحيثما يسقط بالشرع القود) أي في الخطأ الذي يسقط فيه القود شرعاً، وأما في العمد فلا بد من رجلين فأكثر عصبة أو موال (وسوغت قسامة الولاة) أي ولاة الدم (في غيبة الجاني على الصفات) أي على صفته ويقيد ذلك. (و) إذا ظفر به (ينفذ) بضم الباء من الرباعي (القصاص) مفعول مقدم (إن به ظفر. إقرار) منه أنه الموصوف بما ذكر. (أو وفاق ما منها) أي من الصفات (ذكر) لما هو عليه منها كالأعسر الأعور اليمنى الجاحظ اليسرى.

فصل في الجراحات

جمع جراحة كجراح، ويقال أيضاً جُرح بالضم ويجمع على جروح. ابن عرفة: متعلق الجناية غير نفس إن أبانت بعض الجسم فقطع وإلا فإن أزالت اتصال عظم لم يبن فكسر وإلاَّ فإن أثرت في الجسد فجرح وإلاَّ فإتلاف منفعة والقصاص فيها كالنفس إلا في جناية أدنى على أعلى اه. ويعني بقوله كالنفس من كون الجناية عمداً وكون الجاني غير زائد حرية أو إسلام وغير حربي أسلم، والمقطوع غير معصوم العضو (خ) والجرح كالنفس في الفعل، والفاعل والمفعول إلا ناقصاً كعبد أو ذمي جرح كاملاً أي: فلا يقتص وتجب الدية على المشهور، وقيل: القصاص. وقال ابن عبد الحكم: هو مخيّر.

جل الجراح عمدها

مع التكافىء (فيه القود) ما لم يكن في القود خطر بحيث يخشى منه إتلاف النفس كعظم الصدر ورض الأنثيين (ودية مع خطر فيها فقد) أي فحسب لئلا يؤدي إلى أخذ النفس فيما دونها فيقتص من الموضحة وهي التي أوضحت العظم أي

وصلت الجرحة إليه وما قبلها وهي ستة، دامية ويقال لها أيضاً دامعة بالعين المهملة وهي التي تضعف الجلد فيرشح منه دم كالدمع، وحارصة بصاد مهملة وهي التي شقت الجلد فقط وسمحاق كشطته، وباضعة شقت اللحم ومتلاحمة غاصت فيه في غير جبهة، وملطاة قربت للعظم لا ما بعد الموضحة من منقلة أطارت فراش العظم من الدواء، وأمة أفضت لأم الدماغ ودامغة خرقت خريطته. وزاد بعضهم الهاشمة وهي التي هشمت العظم أي كسرته. وقيل هي المنقلة فهذه عمدها كخطئها إلا في زيادة الأدب.

وفي جراح الخطإ الحكومة

ويأتي تفسيرها (وخمسة) منها (ديتها معلومة) بيانها (فنصف عشر دية في الموضحة) اسم للجرحة المخصوصة وعرفها بقوله (وهي التي تلفي لعظم موضحة) اسم فاعل أي مبينة بشرط أن تكون (في رأس أو وجه) يعني به الجبهة والخدين لا اللحى الأسفل فحكومة كبقية الجسد وتقييد المصنف في محله بخلاف إتيان (خ) وغير واحد به في موضحة لعمد ففيه نظر لأنها يقتص منها كانت في الرأس أو الجسد (كذا المنقلة) ديتها معلومة وهي (عشر بها ونصف عشر) بالسكون تخفيفاً (معدلة) أي عشر الدية ونصف عشرها يعدل جرحها حال كونها (في الموضعين) الرأس والوجه (مطلقاً) خطأ كانت أو عمداً (وهي التي كسر فراش العظم) كسر مفعول مقدم بقوله (قد تولت وعشر ونصفه في الهاشمة وهي لعظم الرأس تلفى هاشمة) أي كاسرة. وعند ابن القاسم: لا بد أن تكون منقلة. ثم حكى قولين آخرين في ديتها فقال: (وقيل نصف العشر أو حكومة) والمشهور الأول (وثلث الدية في المأمومة) يقال لها أيضاً الآمة بالمد والتشديد. (وما انتهت للجوف فهي الجائفة كذاك) أي فيها الثلث سواء نفذت إليه من البطن أو الظهر فإن نفذت منهما فجائفتان (والأولى) يعني المأمومة (الدماغ كاشفة) وقيل: هذه الدامغة ولا يعيش صاحبها والمأمومة هي التي انتهت لأم الدماغ كما مر.
والواجب فيهما واحد (والاجتهاد حاكم موكول في غيرها) أي غير جراح الخطأ وهي جراح العمد (التأديب والتنكيل) العقوبة أي لا بد من الأدب للجارح عمداً وقدره باجتهاد الحاجم في عظم الجناية وخفتها واعتياد الجاني أو وقوعها منه فلتة كما في التوضيح. (وجعلوا الحكومة) الواجبة فيما ليس فيه شيء مقدر من جرح الخطأ (التقويما) للمجروح بعد برئه بتقدير كونه عبداً فرضاً فينظر (في كونه معيباً) قيمته خمسون مثلاً (أو) بمعنى الواو أي و (سليما) قيمته ستون مثلاً (وما تزيد حالة السلامة) وهو السدس في المثال (يأخذه) المجنى عليه (أرشاً) أي يأخذ بنسبته من الدية. (ولا ملامة) عليه في تقويمه عبداً وفرضاً وتقديراً (ويثبت الجراح للمال) أي لأجل المال يعني جراح الخطأ الذي لا قود فيه وإنما فيه المال (بما يثبت) به (مالي الحقوق) وهو عدل وامرأتان أو أحدهما مع يمين (فاعلما) ولا مفهوم له بل جرح العمد كذلك كما نص عليه مالك فلو قال: وتثبت الجراح مطلقاً بما الخ. وفي المدونة قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ قال: كلمت مالكاً في ذلك فقال: إنه لشيء استحسناه وما سمعت فيه شيئاً اه. وهي إحدى المستحسنات الأربع وهي شفعة الثمار والأشجار وكون أنملة الإبهام فيها نصفه (وفي ادعاء العفو من ولي دم أو من جريح اليمين) مبتدأ خبره (تلتزم) وفي متعلق به والمعنى أن اليمين تلزم ولي المقتول إذا ادعى القاتل عليه أنه عفا عنه، والمجروح إذا ادعى عليه الجارح ذلك، فإن حلف فهو على حقه وإن نكل حلف الآخر وبرىء (خ): وللقاتل

الاستحلاف على العفو واستشكلت هذه اليمين من وجهين: أنها دعوى تبرع، وأن العفو لا يثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجرد دعواه، وحاصل الجواب أنها توجهت هنا لعله ينكل عنها فيكون من باب: ادرؤا الحدود بالشبهات. (وقود) أي القصاص يجب (في القطع للأعضاء) كيد أو رجل (في العمد ما لم يفض للفناء) أي: ما لم يخف منه الموت كقطع الفخذ أو الأنثيين فلا قصاص. (والخطأ) أي والقطع خطأ (الدية فيه تقتفى) تتبع (بحسب) ما في (العضو الذي قد أتلفا) من دية أو شطرها (ودية كاملة) تجب (في المزدوج) من الأعضاء كاليدين والرجلين والعينين والأنثيين والأذنين والشفتين والشفرين إن بدا العظم وثديي المرأة وحلمتيها إن بطل اللبن. (ونصفها في واحد منه) أي المزودج (انتهج) أي سلك (وفي اللسان كملت) أي قطعه كله أو ما يمنع من الكلام وإن لم يمنع النطق ما قطعه فحكومة (و) كملت أيضاً في (الذكر) كله أو من الحشفة وفي قطع بعضها بحسابه من الدية منها لا من أصله، وفي العسيب بعد الحشفة حكومة (و) في (الأنف) وفي

مارنه على المشهور (و) في (العقل) يذهب بضربة خطأ (و) في (عين الأعور) للسنة بخلاف كل ما عداها من آحاد المزدوجين كيد أو رجل فإنما فيه نصف الدية (و) الدية (في) إذهاب المنافع في (إزالة السمع أو بصر والنصف) من الدية (في) إزالة (النصف) من سمع أو بصر أو غيرهما (وشم) بالجر عطف على سمع (كالنظر) في كل منهما دية، وفي بعضه بحسابه. (والنطق والصوت) بالجر فيهما والنطق أخص من الصوت والكلام أخص من النطق والأعم داخل في الأخص، فإذا أذهب الكلام وأعمه والنطق وأعمه فدّية واحدة، وإذا أذهب الكلام دون النطق أو لم يكن له إلا النطق أو إلا الصوت فاذهبه فدّية أيضاً (كذا الذوق) مبتدأ وخبر أي فيه الدّية (وفي إذهاب قوة الجماع ذا) مبتدأ أي وجوب الدية (اقتفي) في إذهاب قوة الجماع بأن أبطل إتعاظه أو قطع ماءه أو أبطل قيامه، وفي تجذيمه وتبريصه وتسويده ابن عرفة: سئل القرويون عمن أطعمته زوجته ما اسودّ به لونه فوقفوا فقال أحمد بن نصر: هي في المدونة وأوجب عليها الدية من قولها في السن وقد يفرق بلزوم البياض للسن وبعض الآدميين أسود اه. (و) في (كل سن) وإن سوداء بقلع أو اسوداد أو بهما بأن انكسرت واسود باقيها أو بحمرة أو صفرة إن كانا عرفا كالسواد أو باضطرابها جداً (فيه من جنس الإبل خمس) ومن الذهب خمسون ديناراً (وفي الأصبع ضعفها جعل) وهو عشرة.

تنبيه: تعدد الدية بتعدد الجناية ولو من فعل واحد كضربة أذهبت سمعه وبصره أو أنثييه وذكره إلا المنفعة بمحلها كذهاب الشم مع الأنف أو البصر مع العين فدّية واحدة وكإذهاب العقل بدامغة إن قلنا إن محله الرأس وهو قول عبد الملك وأبي حنيفة وأكثر الفلاسفة، وقيل محله القلب، وهو قول مالك وأكثر أهل الشرع وعليه فالواجب دّية وثلث. (ودية الجروح في النساء كدية الرجال) في المقدار (بالسواء) ففي أصبعها عشر وفي الأصبعين عشرون (إلا إذا زادت على ثلث الدية) كيد أو رجل (فما لها من بعد ذاك تسوية) بل ترجع لديتها على النصف هذا كلامه ومقتضاه أنها تساويه في الثلث كالمأمومة والجائفة وفيه نظر.h قال في المدونة: والمرأة تعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث ديته لا تستكمله، فإذا بلغت ذلك رجعت إلى عقل نفسها. وتفسير ذلك أن لها في ثلاثة أصابع ونصف أنملة إحدى وثلاثين بعيراً وثلثي بعير، والرجل في هذا وهي سواء، وإذا أصيب منها ثلاثة أصابع وأنملة رجعت إلى عقلها فكان لها في ذلك ستة عشر بعيراً وثلثا بعير اه. وفي الموطأ عن ربيعة قلت لابن المسيب. كم في ثلاثة أصابع من المرأة؟ قال: ثلاثون. قلت: فكم في أربع؟ قال: عشرون،

فقلت حين عظم جرحها نقص عقلها. قال: أعراقي أنت؟ قلت: بل عالم متثبت أو جاهل متعلم. فقال: تلك السنة يا ابن أخي اه. فصواب الناظم. إلا إذا ما بلغت ثلث الدية.

باب التوارث والفرائض

التوارث مصدر توارث القوم إذا ورث بعضهم بعضاً والميراث مفعال من ورث وسمي به المال المتروك لأنه يبقى بعد صاحبه، وكذا الورثة لبقائهم بعد الميت ولأخذهم الإرث، والفرائض جمع فريضة من الفرض بمعنى التقدير وسمي هذا العلم بعلم الفرائض لكثرة دوران الفرض على ألسنة أهله وهو علم قرآني جليل قال صلى الله عليه وسلم : «إن الله لم يكل قسمة ميراثكم إلى أحد بل تولاها بنفسه فبينها أتم بيان.» وقال صلى الله عليه وسلم : «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها نصف العلم وأنها تنسى وأنها أول علم ينتزع من أمتي» ابن عرفة: وعلم الفرائض لقبا الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق من التركة. قال الحطاب: فعلم الفرائض مركب من علمين معرفة من يرث ومن لا يرث، ومعرفة كيفية التوصل إلى ذلك القدر اه. يعني من النسبة والقسمة، وهذا الثاني لم يتكلم عليه الناظم فهو باق.

الإرث

مصدر ورث بهمزة منقلبة عن واو كأشاح (يستوجب شرعاً) أي يستحق في الشرع وهو ما جاء به الكتاب والسنة (ووجب) حسبما دل عليه الشرع بثلاثة أمور (بعصمة) أي نكاح العقد ولو فاسداً فإذا مات أحدهما قبل الفسخ ورثه الآخر إن لم يتفق على فساده كخامسة و لم يكن نكاح مرض، وإلاَّ فلا إرث كما مر. (أو بولاء) حاصل بالعتق أو بما جره العتق بولادة أو عتق (أو نسب) أي قرابة من بنوة أو عمومة أو غيرهما ولا بد من ثبوت كل وقد يجتمع الثلاثة كابن عم معتق زوج أو اثنان منها. قيل وبقي عليه سببان الملك والإسلام (خ): ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه. وفي الزرقاني: أن تسميته إرثاً مجاز وإنما هو بالملك، والظاهر أن الثاني لا يرد بحال لأنه هو الذي عبر عنه الناظم بقوله: وبيت مال المسلمين يستقل البيت. (جميعها) أي أسباب الثلاثة أي كل واحد منها (أركانه ثلاثة مال ومقدار وذو الوراثة) وهو الوارث نفسه أي لا بد في تحقيق كل إرث من هذه الثلاثة لاستلزام الإرث لها، وهذا معنى تسميتها أركاناً.

فصل في ذكر عدد الوارثين

ذكور من حق

أي ثبت (له الميراث عشرة) هو كقول الرسالة ولا يرث من الرجال إلا عشرة ويتفرعون بالوصف إلى ستة عشر بتنويع المولى إلى مباشر العتق وغير مباشر والأخ إلى شقيق ولأب ولأم (وسبع الإناث) أي ولا يرث من النساء إلا سبع فإن نوعن أيضاً بلغن عشراً المجموع ستة وعشرون يزاد عليهم عم الأب وبنوه وعم الجد وإن علا وبنوه فالرجال (الأب والجد له وإن علا) واحترز بقوله له أي للأب من الجد للأم، فلا ميراث له. (ما لم يكن) أي الجد لأب (عنه) أي عن الأب (بأنثى فصلاً) فخرج جد الأب لأمه وجد الجد لأمه وهكذا (والزوج وابن وابنه هب) أنه (سفلا كذاك مولى نعمة) وهو المعتق الذي باشر العتق بنفسه (أو) مولى (بولا) ورثه من أب أو غيره ثبت لهم بعتق أوجر (والأخ) الشقيق أو لأب أو لأم (وابن الأخ) الشقيق أو لأب (لا) ابن الأخ (للأم والعم) الشقيق أو لأب (لا للأم وابن العم) أي الشقيق أو لأب لأنه إذا كان القيد في العم فأحرى في ابنه (و) النساء (الأم والزوجة ثم البنت وابنة الابن بعدها) في الرتبة (والأخت) شقيقة أو لأب أو لأم (وجدة للجهتين) أي جهة الأم وهي أم الأم وأمها وإن علت وجهة الأب وهي أم الأب وأمها (ما علت ما لم تكن بذكر) يعني غير الأب (قد فصلت) فلا ميراث لأم الجد ولا لأم أبيه على مذهب مالك لأنه لم يورث أكثر من جدتين (كذاك مولاة لها العتق) أي باشرته أو انجر لها بولادة أو عتق (ولا حق لها فيما يكون بالولا) بعتق أب أو غيره لأنها لا ترثه (وبيت مال المسلمين يستقل) بالإرث فيأخذ المال كله (بحيث) أي حيث (لا وارث أو) يختص (بما فضل) عن ذوي الفروض كزوجة وبنت أو إحداهما (خ) ثم بيت المال ولا يرد أي الباقي من الفريضة على الورثة ولا يدفع لذوي الأرحام، وقيد بما إذا كان بيت المال منتظماً على وجهه ويصرف في مصارفه وإلاَّ رد ودفع لذوي الأرحام أو تصدق به قال ابن ناجي: ولا أعرف اليوم بيت مال، وإنما هو بيت ظلم اه. انظر الحطاب.

فصل في ذكر أحوال الميراث

الحال في الميراث قد تقسما

إلى وجهين (إلى وجوب) بحيث لا يحجب أبداً كابن (ولحجب قسما) هو أي الحجب لحجبين (لحجب الإسقاط) بحيث لا يرث شيئاً أصلاً كابن الابن أو الأخ أو العم مع وجود الابن (أو) أي ولحجب (النقل) من إرث إلى إرث (وذا) إما (لفرض) من فرض كزوجة تنقل من ربع لثمن (أو) لفرض من تعصيب كأب فإنه عاصب ويحجب للسدس مع وجود ابن وإما ل (تعصيب) من فرض كأخت أو أخوات مع بنت أو بنات (ابدى منفذا) فالأحوال ثلاث وأقسام ثالثها الذي هو حجب النقل ثلاث.

فصل في ذكر المقدار الذي يكون به الإرث

وأنه إما كل المتروك أو جزء مسمى منه أو مسمى من الباقي بعد أخذ فرض أو أكثر. (القدر) الواجب في الإرث (يلفى) ملتبساً (باشتراك فيه في جملة المتروك) وهذا الإشتراك إما بين العصبة كثلاثة بنين أو بين ذوي الفروض كسدس الأخ للأم وثلثها ونصف الزوج. (أو) باشتراك في (باقيه) أي باقي المتروك كاشتراك العصبة في الباقي بعد أخذ البنت مثلاً فرضها وكاشتراك الأبوين في الباقي بعد أخذ الزوج أو الزوجة فرضها. (أو بانفراد) عطف على باشتراك ثم صور الانفراد فقال (باحتياز مال أجمع فيه) أي القدر الذي هو حوز جميع المتروك (وهو) أي الحوز الجميع كائن (في الرجال) العصبة (عدا أخاً للأم والزوج) إذ ليسا بعاصبين (وفي مولاة نعمى) أي المعتقة بالكسر (حكم ذلك اقتفى) فتحوز جميع المال إذا لم يترك معتقها بالفتح أو ولده وارثاً وبقي قسم رابع وهو أخذ الباقي كله من غير اشتراك كعاصب واحد مع ذي فرض.

فصل في ذكر حالات وجوب الميراث

حالاته ثلاثة وهي المذكورة في قوله: (ويحصل الميراث حيث حتما) أي وجب (بفرض) كبنت أو أم (أو تعصيب) كأب وجد (أو كليهما) كأب مع بنت أو بنات يأخذ فرضه السدس ثم الباقي بعد البنت تعصيباً ثم أشار إلى ما يرثه العاصب فقال: (والمال) بالنصب مفعول مقدم (يحوي عاصب منفرد) كابن واحد أو أخ (أو) يحوي (ما عن الفروض بعد يوجد) أي ما يوجد بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم كزوجة وأم أو بنت وعاصب ويستبد العاصب بالجميع أو الباقي إن اتحد (وقسمة الحالتين) أي حالة أخذه لجميع المال وحالة أخذه الفاضل بعد ذوي الفروض (معملة) هي أي القسمة حيث تعدد ثم هي (إما على تفاضل) كابن وبنات وحدهم أو مع زوجة وكأخ وأخوات وحدهم أو مع بنت فللذكر مثل حظ الانثيين (أو) على تساو (معدله) كبنين وحدهم أو مع زوج أو أعمام كذلك.

فصل في ذكر أهل الفرائض وأصولها

المراد بالفرائض الأجزاء المحدودة شرعاً للورثة المعلوم نسبتها من جملة المال وهي ستة النصف ونصفه وهو الربع ونصف نصفه وهو الثمن والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما، وأهلها هم المستحقون لها من بنت وزوج إلى آخر ما ذكره الناظم، والمراد بأصولها الأعداد التي تقوم منها تلك الفرائض أي: أقل عدد يؤخذ منه ذلك الفرض صحيحاً وهي قسمان: بسائط وهي اثنان وأربعة وثمانية وثلاثة وستة إذ لا يوجد ثمن صحيح في أقل من ثمانية، فكانت أصله. وسواء كان معه فرض آخر كالنصف في زوجة وبنت أو لا كزوجة وابن، وكذا النصف من اثنين كان معه نصف آخر كبنت

وأخت أو لا كبنت وعم، ومركبات وهي اثنا عشر وأربعة وعشرون ويأتي النص عليها في كلامه، فالمنقسم إلى بسائط ومركبات هي أصول الفرائض لا الفرائض كما يوهمه قوله: (ثم الفرائض البسائط الأول) فيتعين أن قوله البسائط صفة كاشفة وكذا الأول (ستة) خبر عن الفرائض (الأصول) مبتدأ والمراد بالأصول البسائط وهي الخمسة بدليل قوله بعد: والأصل بالتركيب الخ. (منها في العمل) خبر أي مأخوذة منها في الاشتقاق ماعدا النصف فالنصف من اثنين، والربع من أربعة، والثمن من ثمانية، والسدس من ستة، والثلث من ثلاثة وكذا الثلثان ولذا كانت الفرائض ستة وأصولها خمسة (أولها) أي الفرائض (النصف) وهو (لخمسة جعل) ثم أبدل من الخمسة بدل مفصل من مجمل فقال: (البنت) الواحدة (والزوج إذا لم ينتقل) عن النصف إلى الربع بأن لم يكن للهالكة ولد ولا ولد ابن (ولابنة ابن) حيث لا حاجب لها من بنت ولا غيرها (ولأخت) شقيقة أو لأب (لا لأم) فليست من أهل النصف (ونصفه) مبتدأ (الربع) بدل (به الزوجين أم) فعل أمر أي اقصد، والمعنى أن نصف النصف وهو الربع اقصد به الزوجين فهو لاثنين الزوج مع الولد والزوجة حيث لا ولد، وذلك واضح من كتاب الله العزيز (ونصفه الثمن لزوجة) فقط مع وجود الولد إن اتحدت (وفي تعدد) لها (قسمة حظيها) وهما الربع والثمن (اقتفي) اتبع ينقسم

الثمن مثلاً على الزوجين أو الزوجات (والثلثان حصة لأربع) وهي (بنات صلب) أي اثنتان فأكثر (وبنات ابن) أي اثنتان أيضاً حيث لم تكن بنت ولا أكثر (فعي) أحفظ (والأخت) الشقيقة أو للاب (لا للأم) أي الأخت الشقيقة والأخت للأب (في التعداد) أي في تعددها بأن تكون اثنتان فأكثر (والثلث) لثلاثة (للجد) في بعض أحواله وهو ما إذا كان مع التعدد من الأخوة ولم يكن معهم ذو فرض فيكون له (برجح) أي مع رجحان (باد) إذ له مع الإخوة الخير من الثلث أو المقاسمة كما سيأتي، فإذا كان مع ثلاثة فالثلث خير أي أرجح له من المقاسمة بخلافه مع أخ واحد فالمقاسمة ويستويان إذا كان مع اثنين ولا يضر عدم شمول الناظم له لأنه لم يتعين كونه فرضاً (والأم) عطف على الجد أي لها الثلث حال كونها (دون حاجب) عنه وهو الولد أو المتعدد من الإخوة (والأخوة لها) أي للأم أي أخوين فأكثر ذكوراً أو إناثاً أو مختلفين (وهم في قسم ذاك) الثلث (إسوة) الذكر كالأنثى **قال تعالى: وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت}** (النساء:12) الآية. وبعضهم لم يجعل الجد من أهل الثلث قائلاً لأنه لا يستقر عليه (ونصفه) أي نصف الثلث وهو (السدس) لسبعة (لأم) مع وجود الولد أو المتعدد من الإخوة (والأب) مع الولد (ولابنة ابن) مع بنت الصلب (ولجد اجتبى) أي اختير له في بعض الأحوال كما سيأتي (وجدة) لأم أو لأب فإن اجتمعتا كان بينهما (ولأخ من أم) حيث لا حاجب (واشمل لأخت جهة في الحكم) يعني أن السدس يجب للأخت أيضاً سواء كانت لأم أو كانت لأب مع وجود الشقيقة، فإن للشقيقة النصف وللتي للأب السدس تكملة الثلثين فجملة أصحاب الفروض اثنان وعشرون.

فإن قلت: إن ما ذكر بعضهم أنهم أحد وعشرون ورمز لهم على الترتيب السابق «هبابز» فالهاء لأصحاب النصف الخ ووجهه بأن الجد لا يستقر على الثلث فلا يعد من ذويه، ولذا رمز لها بالباء قلت: كذلك أيضاً السدس لا يستقر عليه فلم عده مع ذويه بل يرد على هذا القائل أن الزوج والزوجة والأم والأخت للأب وبنت الابن لا يستقرون، ولا معنى لذلك لأن كل وارث في فريضته هو غيره في فريضة أخرى.

فإن يضق عن الفروض المال

كزوج وأخت وأم ففي هذه الفريضة نصفان وثلث، وكيفما كان المال لا يوجد فيه ذلك حتى قال ابن عباس: من باهلني باهلته إن الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل للمال نصفاً ونصفاً وثلثاً، وأنكر العول وجميع الصحابة على استعماله كما قال الناظم: (فالعول إذ ذاك له استعمال) وحكم به عمر رضي الله عنه بعد أن توقف وقال: أشيروا علي فإني إن أعطيت الزوج حقه لم يبق للأختين حقهما، وإن أعطيت الأختين لم يبق للزوج حقه، فأشار عليه العباس وقيل علي. وقال: أرأيت يا أمير المؤمنين لو أن رجلاً مات وعليه لرجال سبعة دنانير و لم يخلف إلاَّ ستة أليس يجعل المال سبعة أجزاء ويدخل النقص على جميعهم؟ فصوبه. وهذا يقتضي أن النازلة بعمر رضي الله عنه زوج وأختان. ومشى أبو عبد الله السطي على التصوير الأول إذ قال.

وهذه مسألة المباهله

أول ما كانت بعون نازله

زوج وأم دنية وأخت

نصفان والثلث عنهم نمت

ما نزلت في زمن الرسول

ولا أبي بكر أبي البتول

حتى أتت خلافة الفاروق

واغتصت الأرياق بالحلوق

فاجتمع الفاروق بالعباس

واجتمع الجفل بخير الناس

فاستحسن العباس طرد العول

وأخذ الكل بذاك القول

ومال عبد الله للخلاف

و لم يصرح بالكلام الجافي

لهيبة كانت على الفاروق

وما لعباس من الحقوق اه.

ويقال: إن ابن عباس رجع.

وعبارة الناظم مثل قول التلمسانية:

وإن تكاثرت على المال الفروض

و لم يكن بكلها له نهوض

فذالك ما ينشأ عنه العول وعبارة (خ): وإن زادت الفروض أي أعيلت أي وإن زادت سهام المسألة على أصلها كزوج وأختين أصلها من ستة لأجل النصف والثلثين والسهام سبعة ثلاثة للزوج وأربعة للأختين والستة تضيق عن ذلك فيعال فيها أي: يزاد لأن العول الزيادة فتجعل الستة سبعة ويأخذ كل واحد من السبعة ما كان يأخذه من الستة فللزوج ثلاثة وللأختين أربعة وكذلك في العائلة لثمانية وهي زوج وأخت وأم تصير ثمانية، ويأخذ الزوج منها ثلاثة كالأخت وتأخذ الأم اثنين ذكرت أول يوم سمعته فزدت هذا البيان، وتعول الستة أيضاً لتسعة كزوج وأختين لأب وأخوين لأم ولعشرة بزيادة أم ويعرف قدر ما انتقص لكل وارث بنسبة الزائد إلى المجموع، ففي السبعة انتقص لكل وارث سبع، وفي الثمانية ربع مما كان بيده إذ كان الزوج يأخذ النصف، وهو من الثمانية أربعة فصار يأخذ ثلاثة، وهكذا وفي ذلك يقول الأجهوري:

وعلمك قدر النقص من كل وارث

بنسبة عول للفريضة عائله

ومقدار ما عالت بنسبته لها

بلا عولها فارحم بفضلك قائله.

وتعول الاثنا عشر أيضاً لثلاثة عشر كزوج وبنتين، وأم ولخمسة عشر كزوج وبنتين، وأم وأب ولسبعة عشر كثلاث زوجات وثمان أخوات لأب وأربع لأم وجدتين، والتركة سبعة عشر ديناراً لكل واحدة دينار وتسمى أم الأرامل والفروج، والدينارية الصغرى وتعول الأربعة والعشرون لسبعة وعشرين لا غير زوجة وأبوان وابنتان وهي المنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً ومضى في خطبته قال الشعبي: فما رأيت أحسب من علي.

والربع

مبتدأ و (كالثلث وكالثلثين تعدمه) خبر (فريضة) حال كون ذلك (مثلين) منه فيها فلا توجد فريضة فيها ربعان لأن الربع إنما هو للزوج مع الولد أو للزوجة مع فقده ولا يجتمع في فريضة زوج وزوجة وكذا لا يجتمع ثلث وثلث لأنه إنما يكون للإخوة للأم أو للأم عند فقد الإخوة أو للجد إذا لم يكن معه ذو فرض، وكذا الثلثان لا يجتمعان في فريضة أبداً لأنهما لذي النصف إن تعدد ومتى وجد البنتان كانت الأخوات عصبة يرثن ما فضل ولا شيء لبنت الابن إلا إن كان معها أخ فتعصب. (وثمن بالربع غير ملتقي) لأنه إن كان ولد فالثمن وإلا فالربع فإن كان الربع للزوج مع الولد فلا زوجة. (وغير ذاك) المذكور (مطلقاً) من غير تقييد (قد يلتقي) كنصف وثلث وسدس في زوج وأم وأخ لأم وتسمى فريضة عادلة وكنصف وربع في بنت وزوج أو ربع وسدس في زوج وأم وابن وتسمى فريضة ناقصة، وتقدمت العائلة فالفرائض ثلاث والأصول البسائط تقدمت (والأصل بالتركيب ضعف ستة) وهي اثنا عشر لا يصار إليها إلا إذا كان في المسألة فرضان متباينان ربع وثلث كزوجة وأم فإن الثلاثة لا ربع لها والأربعة لا ثلث لها فتضرب ثلاثة في أربعة باثني عشر أو ربع وسدس كزوج وأم وابن (وضعفها) أي ضعف ضعف الستة وهو أربعة وعشرون وهي أصل لكل فريضة

فيها ثمن وسدس كزوجة وأم وابن أو ثمن وثلثان كزوجة وابنتين (لا غير ذين) العددين موجود في الأصول المركبات (ألبتة) أي قطعاً خلافاً لمن زاد ثمانية عشر وستة وثلاثين واستعمل همزة ألبتة وصلية وهو التحقيق خلافاً لمن قال: انها همزة قطع.

فصل في ذكر حجب الإسقاط

تقدم في ذكر أحوال الميراث أن الوارثين على ثلاثة أقسام: من لا يحجب أبداً، ومن يحجب فلا يرث شيئاً وهو حجب الإسقاط، ومن يحجب عن كثرة الميراث إلى قلته، ويسمى حجب نقل وحجب نقص، وتكلم ههنا على أعيان كل قسم فأشار للثالث بالفصل بعد هذا وللأولين بقوله: (ولا سقوط لأب) دنية (ولا ولد) كذلك (ولا لزوجين ولا) ل (أم) إلا أن يقوم بهم مانع من كفر أو رق أو قتل عمد (فقد) أي فحسب (والجد يحجبه) الجد (الأدنى) منه (و) يحجبه (الأب) وكما يحجب الجد الأعلى بالأدنى (كذا ابن الابناء) الأسفل (بالأعلى) منه من ابن ابن ابن (يحجب. وبأب وابن وبابن ابن حجب إخوة من مات) أشقاء كانوا أو لأب (فلا شيء يجب) لواحد منهم مع وجود من ذكر من أب أو ابن أو ابن ابن (كذا بنو الإخوة أيضاً حجبوا بالجد و) حجبوا أيضاً ب (الإخوة ضمهم أب) لأن الأخ للأب مقدم على ابن الأخ الشقيق والشقيق مقدم على الأخ للأب وضمهم أب صادق الأشقاء والذين للأب (والجد بالحجب لإخوة دها) أي أصاب يقال ما دهاك أي ما أصابك (فيما أتتمت لمالك) أي في الفريضة المسماة بالمالكية وهي زوج وجد وأم وأخوان لأم وأخ لأب المسألة من ستة لأجل سدس الأم لها واحد وللزوج ثلاثة وللجد واحد يبقى واحد قال مالك: هو للجد أيضاً لأنه يقول للأخ لو كنت دوني لأخذه الإخوة للأم ولا شيء لك لأنك عاصب وأنا منعتهم منه فأنا أحق به، ومذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه للأخ للأب لأن الإخوة للأم محجوبون. قيل: و لم يخالف مالك رضي الله عنه زيداً إلا في هذه. فلذا سميت بالمالكية. (وشبهها) أي وفي شبه المالكية وهي زوج وجد وأم وأخوان لأم وأخ شقيق فعند زيد يكون السدس للأخ الشقيق لأن اللذين للأم قد حجبوا، وعند مالك لا شيء له لأنه لو لم يكن هناك جد لكان يدخل مع الإخوة للأم، فيشاركهم الذكر كالأنثى وهي المسماة بالحمارية، وحيث سقط الإخوة للأم يسقط معهم لأنه إنما كان يرث بالتبع لهم وسميت بالحمارية، لأن عمر

قضى فيها أولاً بأن لا شيء للشقيق لاستغراق ذوي الفروض التركة للزوج ثلاثة وللأم واحد وللإخوة للأم اثنان، ثم نزلت به ثاني عام فاحتج عليه الأشقاء، وقيل علي رضي الله عنه بقولهم: هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم أليست الأم تجمعنا ما زادهم الأب إلا قرباً فأشركهم في الثلث لاجتماعهم في الأم، وسميت الثاني بشبه المالكية لأن مالكاً لم يتكلم عليها، وإنما تكلم عليها أصحابه ولا فرق بينها وبين المالكية إلا أن الأخ فيها للأب وفي شبهها شقيق فالشين للشين (وابن أخ بالحجب للعم وفا) أي جاء في الشرع أن ابن الأخ يحجب العم (والعم) حاجب (لابن العم ما كان) أي كيفما كان شقيقاً أو لأب (كفى) في حجب ابن العم (والأم كلتا الجدتين تحجب) أي أمها وأم الأب (وجدة للأب) بالنصب مفعول مقدم بقوله (يحجب الأب) (خ): وأسقطتها الأم مطلقاً والأب الجدة من جهته (ومن دنت) كأم

الأم أو أم الأب (حاجة لبعدى جهتها) فتحجب كل واحدة منهما أمها وأم أمها وإن علت (من غير أن تعدى) لحجب من ليست في جهتها إلا ما ذكره بقوله: (وقربى الأم) كأم الأم (حجبت بعدي لأب) كأم أم الأب (والعكس) وهو أن تكون الجدة للأب أقرب من التي للأم (إن أتى فما حجب وجب) بل يشتركان في السدس كما قال. (وحظها) أي الجدة (السدس في الانفراد وقسمة السواء في التعداد) (خ): وأسقطت القربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب وإلاَّ اشتركنا (والإرث لم يجزه من هاتين) الجدتين أي التي من جهة الأم والتي من جهة الأب (تعدداً) أي في تعددهن ووجود جماعة منهن (أكثر) فاعل لم يجزه (من اثنتين) إحداهما أم الأم وأمها وإن علت والأخرى أم الأب وأمها وإن علت. قال في الرسالة: ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، ويذكر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه ورث ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم الأب وأم أب الأب و لم يحفظ عن الخلفاء توريث أكثر من جدتين اه.

ومسقط ذو جهتين

جهة الأب وجهة الأم (أبداً) في جميع المراتب التي يمكن فيها ذلك كأخ شقيق أو عم أو ابن عم (ذا جهة) يعني الأخ للأب مثلاً لا للأم لأنه يرجع بالفرض ولعله يخرج من قوله (مهما تساووا قعددا) لأن الأخ للأم بعيد الأخوين وحاصله أن الشقيق مقدم على الذي للأب (ومن له حجب بحاجب) من صفته أنه (حجب فحجبه) أي من (بمن) أي بالذي (له الحجب) لحاجبه (يجب) مثال ذلك هلك هالك وترك ابناً وأخاً شقيقاً وأخاً لأب فالأخ للأب محجوب بالشقيق، والشقيق محجوب بالابن، فلو عدم الشقيق لم يرث الأخ للأب لوجود حجبه بالابن الذي هو حاجب حاجبه لأن الابن حاجب لكل عاصب أبعد منه، وهكذا القول في ابن أخ مع وجود أخ وابن، فإن ابن الأخ محجوب بالأخ ولو فقد لكان محجوباً بالابن (وإخوة الأم بمن يكون في عمودي النسب) من ولد ذكر أو أنثى وإن سفل وأب وجد وإن علا (حجبهم) مبتدأ (يفي) خبره وبمن متعلق به والجملة الكبرى خبر، والمعنى أن الإخوة للأم يحجبون بكل من عمودي النسب الأعلى والأسفل إذ لا يرثون إلا مع الكلالة كما في الآية ولما فرغ من حجب الإسقاط أشار إلى حجب النقل وقسمه إلى قسمين: النقل إلى الفرض والنقل إلى التعصيب، وجعل لكل منهما فصلاً فقال:

فصل في ذكر حجب النقل الى فرض

للأب مع

أهل (فروض الاستغراق) أي الفريضة التي يستغرقها ورثتها سواء كانت عادلة كبنتين وأم وأب فله السدس وللأم السدس وللبنتين الثلثان أو عائلة كزوج وبنت وأم وأب أصلها من اثني عشر، وتعول لثلاثة عشر للزوج الربع ثلاثة وللبنت النصف ستة وللأم السدس وللأب السدس، (و) مع فروض (النقص) كأب وبنت (يحوي السدس) في جميع ما ذكرنا من العادلة والعائلة والناقصة وهو المراد بقوله (بالإطلاق) ويزيد في الثالثة أنه يأخذ ما بقي بالتعصيب كما سينبه عليه وكما حوى السدس فيما ذكر (كذاك يحوي) أيضاً (مع ذكران الولد) واحداً أو أكثر (أو) مع (ولد ابن مثلهم) أي بشرط أن يكون الابن ذكراناً واحداً أو أكثر فالجمع غير مقصود، وإنما المراد أن جنس الذكور يحوي معهم الأب (سدساً فقد) أي فحسبه ذلك (والسدس مع) جنس (أنثى من الصنفين) الأولاد أو أولاد الابن (له) خبر أي وله السدس مع بنت أو بنتين أو أكثر ومع بنت ابن أو بنات ابن يأخذه بالفرض (والباقي) وهو الثلث مع الواحدة والسدس مع أكثر (بالتعصيب بعد حصله والجد مثل الأب مع من ذكرا) من أهل الفروض المستغرقة والناقصة والأولاد وأولاد ابن حال كونه (حالاً بحال في الذي تقررا) وهو أخذ السدس في المستغرقة العادلة كزوج وأم وجد والعائلة كزوج وابنتين وجد أصلها من اثني عشر وتعول لثلاثة عشر، والناقصة كبنت وجد يأخذ السدس فرضاً والباقي بعد نصف البنت تعصيباً وله أيضاً السدس لا غير مع ابن أو ابن ابن وزاد الحد على الأب بأحواله مع الإخوة، فإنهم مع الأب لا إرث لهم كما مر من أنه يحجبهم، وأما مع الجد فيرثون ولهم معه على ما ذكر الناظم ثلاثة أحوال: الأولى أن يكونوا كلهم شقائق أو لأب وليس معهم ذو فرض فللجد الخير من السدس أو المقاسمة. الثانية: أن يكون معهم ذو فرض فله الخير من السدس أو ثلث الباقي أو المقاسمة. الثالثة: أن يجتمع الشقيق والذي للأب، فالحكم كذلك لكن يعد الشقيق على الجد يمن للأب، ثم يرجع عليه

وإلى ذلك أشار بقوله:

وزاد بالثلث إن الرجح ظهر مع صنف الإخوة وقسم

بالجر عطف على ثلث، والمعنى أن الجد إذا كان مع صنف الإخوة الذين كلهم أشقاء أو لأب وليس معهم غيرهم بدليل ما بعده، فإنه يختص بالثلث إذا كان أرجح أي أكثر وأحظى من المقاسمة كما لو كان معه ثلاثة إخوة فأكثر أو أخوان وأخت فأكثر ويقاسمهم. (كذكر) منهم حيث تكون المقاسمة أرجح له كما لو كان مع أخ واحد أو أختين فإنه إذا قاسم يكون له النصف وهو خير له من الثلث، ومع ثلاثة إذا قاسم يكون له الربع، فالثلث خير له (والسدس) من جميع المال (أن يرجح) على غيره يجب (له متى صحب أهل الفروض) مفعول مقدم على الفاعل وهو (صنف إخوة) أشقاء أو لأب (يجب أو قسمة السواء) بينه وبين الإخوة (في البقية) من المال بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم (أو ثلثها) أي البقية فأي الثلاثة كان أرجح للجد فهو الواجب له مثال رجحان السدس زوج وأم وأخوان وجد له في المقاسمة ثلث واحد، وكذا في ثلث الباقي، وفي السدس واحد كامل. ومثال أرجحية المقاسمة أم وأخ وجد له في السدس نصف واحد وفي الثلث

ثلثاه، وفي المقاسمة واحد. ومثال ثلث الباقي أم وثلاثة إخوة وجد من ستة للأم واحد والباقي خمسة ثلثها واحد وثلثان وهو أكثر من سدس واحد، ومن المقاسمة بواحد وربع وقد تستوي الثلاثة كزوج وجد وأخوين ولما أفهم هذه الكلام أن الجد يعصب الأخوات وأنهن معه كالأخ يرثن بالتعصيب ولا يفرض لهن معه وكان يفرض لهن معه في مسألة واحدة تعرف بالأكدرية نبه عليها بقوله.

إلا في الأكدرية

ألقاها عبد الملك بن مروان على رجل يقال له: أكدر فأخطأ فيها فنسبت له وهي زوج وجد وأم وأخت شقيقة أو لأب (فالعول للأخت بها) أي فيها (قد أعملا) وذلك أن أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللجد واحد وللأم اثنان ولما فرغ المال أعيل للأخت بالنصف فصارت من تسعة خذ نصيب الجد منها وهو واحد ونصيب الأخت وهو ثلاثة: (واجمعها) تكن أربعة (واقسم) عليهما (وجدا) بالنصب مفعول (فضلا) لأنه كأخ لها يأخذ الثلثين وهي الثلث وأربعة على ثلاثة منكسر مباين. إضرب عدد رؤوس المنكسر عليهم وهو ثلاثة في المسألة بعولها وهو تسعة بسبعة وعشرين، ثم تقول: من له شيء من التسعة أخذه مضروباً فيما ضربت فيه وهو ثلاثة، فللزوج ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللأم اثنان في ثلاثة بستة، والباقي اثنا عشر للأخت أربعة وللجد ثمانية ويلغز بها فيقال: ما فريضة أخذ وارث ثلثها وأخذ الثاني ثلث الباقي والثالث باقي الباقي والرابع ما بقي، ويقال أيضاً فيما إذا كانت الأم حاملاً قبل إن تضع ما فريضة أخر قسمها للحمل: فإن كانت أنثى ورث وإن كان ذكراً لم يرث، وذلك لأنه عاصب، وقد استغرقت الفروض التركة وجوابه: أنها زوج وجد وأم حامل وفيها يقول ابن عرفة:

ولا ييأس المفضول من فضله على

مزيد عليه فضله بالضرورة

فرب مقام أنتج الأمر عكسه

كحمل بأنثى جاء في الأكدرية

لها فرضها فيها وزادت لجدها

وللذكر الحرمان دون مرية

ثم أشار إلى ما إذا كان مع الجد شقائق أو لأب فقال: (والقسم مع شقائق ومن لأب معاً) حال أي حال كونهم مجتمعين (له) خبر المبتدأ (وعد كلهم) على الجد ليحرم كثرة الميراث (وجب) وضمير له الظاهر أنه للشقيق المفهوم من شقائق وتكون اللام على بابها، وفي نسخة بدل معاً له معادة بتخفيف الدال للضرورة أي هو المسمى بالمعادة وهي أظهر، وإذا عد عليه الجميع وأخذ كل حظه فلا شيء للذين للأب (وحظ من للأب للأشقا وحدهم يكون مستحقا) حظ مبتدأ ويكون مستحقاً خبره وللأشقاء يتعلق بمستحقا أو بيكون، والمعنى أن الإخوة للأب وإن عددناهم على الجد فلا شيء لهم بل نصيبهم كله يستحقه الأشقاء، وهذا واضح إذا كان هناك شقيق ذكر فأكثر لأنه يحجب الذي للأب، ومثله شقيقتان فأكثر لأن لهما الثلثين والجد لا ينقص عن الثلث فلم يبق شيء للذي للأب، وهكذا شقيقة واحدة مع أخت لأب فإن

الجد يقاسمها ويكون لها النصف، فإن كانت شقيقة واحدة معها أخ لأب وجد فللأخ للأب العشر، وبيانه أن المسألة من خمسة للجد خمسان وللأخ والأخت ثلاثة تختص منها بفرضها وهو النصف، والخمسة لا نصف لها تضرب في مقام النصف وهو اثنان بعشرة، للجد أربعة وللأخت خمسة، وللأخ واحد، وكذا لو كان محل الأخ أختان لأب أو كانت الشقيقة مع أخ وأخت لأب أو مع ثلاث أخوات فإنها تأخذ نصفها، والباقي وهو عشر في الأولى وسدس في الأخيرين يكون للذين للأب (خ): وعاد الشقيق بغيره ثم رجع كالشقيقة بمالهما لو لم يكن جد والذي لها هو النصف. (والأخت من أب وإن تعددت) إذا كانت أو كن (مع) أخت (شقيقة بسدس أفردت) (خ): وللثانية أي التي للأب مع الأولى السدس وإن كثرن وتأخذه مع نصف الشقيقة حال كونه (تكملة الثلثين) أي لا فرضاً مستقلاً ينبني عليه لو باعت الشقيقة نصفها في أصل أو العكس فالأخرى أحق بالشفعة من سائر الورثة كإحدى الزوجتين في ثمن أو ربع (خ): وقدم مشاركة في السهم وإن كأخت لأب أخذت سدساً (والحكم كذا مع بنت صلب
لابنة ابن يحتذا) فيه تقديم وتأخير، والتقدير: والحكم هكذا يتبع لابنة الابن مع بنت الصلب فللبنت النصف ولبنت الابن واحدة أو أكثر السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معها ابن ابن آخر في درجتها سواء كان أخاها أو ابن عمها أو أسفل منها فيردها للتعصيب، ويقسمون النصف الباقي بعد البنت: للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك الأخ للأب مع أخته يعصبها فيما بقي بعد الشقيقة أو الشقيقتين وسيأتي (والزوج من نصف لربع انتقل مع) وجود (ولد) لزوجته الهالكة ذكراً كان أو أنثى (أو) وجود (ولد ابن) لها كان ولده ابناً أو بنتاً أو ولد ابن ابن (هب) أنه (سفل) أي نزل وهو بضم الفاء وفتحها قاله ابن القوطية. (وينقل الزوجة من ربع إلى ثمن صحيح نسبة من هؤلاء) الإشارة للولد وولد الابن العالي والنازل وشرط في ولد الزوج أن يكون صحيح النسبة احترازاً من ولد الزنا فلا يحجبها إلى الثمن، بخلاف ولد الزوجة فإنه يحجب الزوج عن النصف وإن كان من زنا، نعم ولد الابن لا بد أن يكون صحيح النسبة فيهما. (والأم من ثلث لسدس تفرد) أي تحجب من الثلث إلى السدس (بهم) أي بالولد وإن بنتاً وبولد الابن وإن سفل (و) تحجب أيضاً للسدس (بالإخوة إن تعددوا) أي زادوا على الواحد أشقاء كانوا أو لأب أو لأم أو مختلفين ذكوراً كانوا أو إناثاً أو مختلفين، فلعل في لفظ الإخوة تغليباً (خ): وحجبها للسدس ولد وإن سفل وأخوان أو أختان مطلقاً، ويشمل كلامه وكلام الناظم ما إذا كانوا وارثين أو محجوبين بالأب مثلاً فترث الأم السدس وللأب ما بقي. (وغير من يرث) لمانع به من رق أو كفر أو كونه غير وارث (ليس يحجب) لا حجب إسقاط ولا حجب نقص (إلا أولاد) الإخوة (حجبوا) الأم حجب نقص من الثلث إلى السدس (إذ حجبوا) بالبناء للمجهول أي حجبهم الأب أو الولد أو الجد إذا كانوا لأم ثم اشار إلى أن الأم قد ترث الربع، وقد ترث السدس أيضاً في غير ما ذكر، وذلك في إحدى الغراوين، قيل سميتا بذلك لأن الأم غرت بإعطاء الثلث لفظاً أي ثلث الباقي، والصواب أنهما تثنية غراة وسميتا بذلك لشهرتهما إحداهما: هلك هالك وترك زوجة وأبوين أصلها من أربعة للزوجة الربع وللأم ثلث الباقي وللأب ثلثاه. والثانية: هلكت امرأة وتركت زوجها وأبويها أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم ثلث الباقي وهو واحد، وللأب اثنان، وإلى ذلك أشار بقوله: (وثلث ما يبقى عن الزوجين) ثلث بالنصب مفعول (تأخذ) هي أي الأم (مع أب بغراوين) والحاصل أن للأم الثلث إلا مع ولد أو تعدد إخوة أو في إحدى الغراوين.

فصل في ذكر حجب النقل للتعصيب

أي: الحجب بالنقل من الفرض إلى التعصيب تقدم أن البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي للأب كلهن من ذوي الفروض، لكن محل ذلك ما لم يكن مع الواحدة منهن أخ يساويها، فإنه ينقلها عن الفرض ويصيرها عاصبة معه يقاسمها للذكر مثل حظ الأنثيين، كما أفاده بقوله: (للابن شرعاً حظ بنتين) بنصب حظ معمول لقوله (ادفع من مال) كامل حيث لم يكن إلا العصبة (أو) ادفع له ذلك من (باقيه) أي المال بعد أخذ الزوجة مثلاً فرضها (في التنوع) أي في تنوع الورثة إلى ذوي فرض عصبة (وولد ابن مثلهم) أي مثل الأبناء (في الحكم) وهو قسم المال أو باقيه بعد ذوي الفروض للذكر مثل حظ الأنثيين (وإخوة) أشقاء أو لأب مع أخواتهم (كذا) إذا كانوا (لغير الأم) وأما الإخوة للأم فيقسمون ثلثهم بالسوية الذكر كالأنثى كما تقدم **قال تعالى: فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث}** (النساء:12) (والأخت) الشقيقة أو لأب (لا) التي (للأم كيف تأتي) واحدة أو أكثر وهي شقيقة أو لأب (من شأنها التعصيب مع) جنس (بنات) واحدة أو أكثر فتأخذ البنت الواحدة نصفها والأخت أو الأخوات ما بقي، وتأخذ البنتان الثلثين وللأخت أو أكثر ما بقي تعصيباً. قال في الرسالة: والأخوات مع البنات كالعصبة لهن يرثن ما فضل عنهن (كذا) أي كما عصبن الأخوات البنات (يعصبن بنات الابن) فلبنت الابن النصف وللأخت أو الأخوات معها النصف الباقي ولبنات الابن الثلثان وللأخت أو الأخوات ما بقي وليس معناه أن البنات يعصبن بنات الابن كما قيل: (والعول في الصنفين) إرث الأخوات مع البنات وإرثهن مع بنات الابن (عنه استغني) لأنهن يرثن ما فضل عنهن ولا يعال لهن كما في زوج وأختين أو زوج وأم وأخت أو أختين وأخ لأم فإن الأولى تعول لسبعة والثانية لثمانية والثالثة لتسعة (وبنت الابن أن تكن قد حجبت) يعني بابنتين فوقها فإنها (بابن) أي بابن ابن فهو على حذف مضاف بقرينة قوله (مساوٍ) لها (أو أحط) أي أنزل منها كابن أخيها (عصبت)

بفتح العين وبابن متعلق به لا بحجبت لأنها إذا حجبت بابن لا ترث بحال، بل متعلق حجبت حذوف كما قررنا، قال في الرسالة: فإن كانت البنات اثنين لم يكن لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن أخ، فيكون ما بقي بينهن وبينه للذكر مثل حظ الاثنيين، وكذا إن كان الذكر تحتهن كان ذلك بينه وبينهن كذلك (وبأخ لا بابنه أخوات الأب) بنقل الهمزة (تعصيبهن مع شقيقات) اثنتان فاكثر (وجب) تقدم أن بنت الابن إذا كانت محجوبة باثنتين فوقها لا شيء لها إلا أن يكون معها ابن ابن في درجتها أو سفل منها كابن أخيها، فإنه يعصبها وترث معه للذكر مثل حظ الانثتين، وأشار هنا إلى حكم الأخت في ذلك فذكر أن الأخوات للأب أو الواحدة منهن إذا كانت محجوبة بشقيقتين فإنها تعصب بأخيها إذا كان معها ولا تعصب بابن الأخ وهو معنى قوله: وبأخ لا بابنه. وقوله: أخوات هو بألف قبل التاء جمع مؤنث سالم سكن ضرورة كقوله:

وحملت زفرات الضحى فأطقتها

ومالي بزفرات العشي يدان

بل قال ابن هشام هي ضرورة حسنة لأن هذه العين قد تسكن في المفرد كقوله: يا عمر ويا ابن الأكرمين نسباً وليس هو جمع تكسير بكسر الهمزة جمع أخ المذكر لأن ذلك لا يصح هنا، ولعل ابن الناظم لم يتلق هذا المحل عن أبيه فاحتاج إلى الإصلاح بقوله: وبأخ لا بابنه أخت لأب، وتبعه غيره: وبأخ يتعلق بوجب. والتقدير: وأخوات الأب تعصيبهن مع الشقيقات وجب لهن بأخ لا بابن أخ فليس كبنات الابن مع البنات. فإن قلت: فما الفرق؟ قلت: السنة أحكمت ذلك. انظر ابن يونس قاله القلصادي.

فصل في ذكر موانع الميراث

أي الأوصاف التي تمنع منه. (الكفر) الأصلي (والرق) وإن بشائبة (لإرث منعا) من الجانبين فإذا مات مسلم وله ابن كافر أو عبد لم يرث (وإن هما) أي الكفر والرق (بعد الممات) وقبل قسم المال (ارتفعا) بأن أسلم الكافر أو عتق العبد عقب موت الأب لأن بزهوق الروح وبهما المانع انتقل الحق لغيرهما، ولو مات الابن الكافر أو العبد لم يرثه الأب (ومثل ذاك) المذكور في الكفر الأصلي (الحكم في المرتد) إذا مات قريبه زمن استتابته فلا يرثه، ولو رجع للإسلام. ولو قتل هو على ردته لورثه بيت المال (ومطلقاً) أي من غير تقييد بالدية (يمنع قتل العمد) العدوان فلا يرث قاتل العمد من مال ولا دية إجماعاً لئلا يؤدي إلى خراب العالم، وإنما قاتل الخطأ فيرث من المال دون الدية وهو قوله: (وان يكن) أي القتل ناشئاً (عن خطأ فمن) إرث (دّية) يمنع ولا يمنع من إرث المال، ومفهوم عدواناً لو قتل قريبه عمداً في باغية أو قصاص لم يمنعه الميراث. (وحالة الشك يمنع) من الميراث (مغنيه) فسره الشارح بالشك في كون القتل عمداً أو خطأ، و لم يجلب على ذلك نصاً بل فيه عن المقرب ما يفيد أن المراد الشك في التقدم من الهالكين مع القطع بتقدم موت أحدهما لا كالذين ماتوا بهدم أو غرق كما يأتي، وهذا أظهر لأنه منصوص عليه بالخصوص. قال ابن الحاجب: ومنها أي الموانع استبهام التقدم أو التأخر كالموتى في سفر أو هدم أو غرق فيقدر كل واحد منهم كأنه غير وإرث ولو علم التقديم وجهل التعيين كان كذلك اه. ولأن الأول من الشك في المانع، وقد تقرر أن الشك في المانع غير مؤثر بخلاف الشك في السبب فتأمله (ويوقف القسم) للتركة (مع الحمل) أي لأجل وجود الحمل بامرأة يرث حملها زوجة كانت أو غيرها ولو احتمالاً كالأم في الأكدرية زوج وجد وأم حامل فإنها إن ولدت أنثى فرض لها النصف، وإن ولدت ذكراً فلا شيء له لاستغراق الفروض التركة وهو عاصب إنما يرث ما فضل، وقد مر ذلك فيوقف القسم إلى أن تضع، ثم ينظر في
الحمل الوارث (إلى أن يستهل صارخاً فيعملا) على استهلاله فيرث ويورث أو لا يستهل فهو كالعدم، ولذا وقف القسم لأنه لا يدري أحي هو أو ميت واحد أو متعدد. وقال ابن الحاجب: قيل يوقف الجميع ووصاياه حتى تضع، وقيل يتعجل المحقق. قال أشهب: وهو الذي لا شك فيه وعليه يوقف ميراث أربعة ذكور لأنه غاية ما وقع ولدت أم ولد أبي أسماعيل محمد أو عمر وعلياً وإسماعيل بلغ الأولون الثمانين اه. ومحمد منهم، خرج له مسلم وأبو داود والنسائي وقال شريك: رأيت بني إسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد وعاشوا قال ابن عرفة: وسمعت عن غير واحد أن بني العشرة الذين بنى والدهم مدينة سلا بأرض المغرب كان سبب بنائها أنه ولد له عشرة ذكور من حمل واحد من امرأة فجعلهم في مائدة

ورفعهم إلى أمير المؤمنين يعقوب المنصور فأعطى كل واحد منهم ألف دينار ذهباً وأقطع أباهم أرضاً بوادي سلا فبنى بها مدينة وبنى بها أبو يعقوب مدينة تسامتها، والوادي يفصل بينهما، ثم رأيت في هذا الوقت رجلاً يعرف ببني العشرة فسألته عن نسبه وسببه فذكر لي مثل ما ذكرته اه. قال ابن غازي: وكأنه لم يقف على ما في تكملة ابن عبد الملك، إذ قال تقول بعض الأغمار إن سبب هذه الشهرة أنهم كانوا إخوة توائم، فسئل عن ذلك بعض أعقابهم فقالوا: أجعلوا أمنا خنزيرة تلد عشرة حسيبهم الله اه. قال التتائي: وقيل يوقف ميراث خمسة، وقيل اثنا عشر، وقيل أربعين.
قلت: ذكر الحافظ السخاوي عن محمد بن الهيثم أنه كان ببغداد قائد من قواد المتوكل، وكانت امرأته تلد البنات فحملت مرة فحلف إن ولدت هذه المرة بنتاً لأقتلنك بالسيف، فلما جلست للقابلة ألقت مثل الجريب يضطرب فشقوه فخرج منه أربعون ابناً وعاشوا كلهم. قال محمد بن الهيثم: وأنا رأيتهم ببغداد ركباناً خلف أبيهم، وكان اشترى لكل واحد منهم ظئراً اه.9 وظاهر قوله: ويوقف القسم أنه لا تخرج الوصية وهو كذلك وفيها قولان. ومفهوم قوله القسم أن قضاء الدين لا يؤخر لوضع الحمل وهو كذلك خلافاً لأبن أيمن (خ): وأخرت لا دين لحمل وفي الوصية قولان. ويكفي في ثبوت الموت وعدة الورثة أن يقولوا: توفي. فلان وترك أماً وبنتاً وزوجة حاملاً وينظر للحمل وصيه كما ينظر له بعد وضعه كما في الحطاب.

وبين من مات

أي من الأقارب كرجل وابنه وأمه وزوجته ماتوا (بهدم) سقط عليهم، (أو غرق) لسفينة بهم (يمتنع الإرث) فيما بينهم (لجهل من سبق) موته منهم، ومن شرط الإرث تحقق حياة الوارث عند موت موروثه، فإذا كان للرجل زوجة أخرى ورثت منه جميع الربع ويستبد بمال الزوجة عاصبها، وكذا الأم والابن، وكان حق الناظم أن يقدم هذا البيت على الذي قبله لأنه من موانع الميراث جملة كالرق والكفر وقتل العمد، والذي قبله مانع في الحال فقط كالخنثى عند إشكل إذ يجوز النظر فيه علامة للذكورة فقط أو للأنوثة فقط عمل عليها كما قال: (وإرث خنثى) وهو من له فرج ذكر وفرج أنثى (بما له اعتبر وما بدا) من بوله من فرج الذكر أو من فرج الأنثى (عليه في الحكم اقتصر) قضى بذاك علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الإسلام وقبله في الجاهلية عامر بن الظرب العدواني. كانت العرب لا تقع لهم معضلة إلا اختصموا إليه ورضوا بحكمه فسألوه عن خنثى أتجعله ذكراً أو أنثى؟ فبات ليلته ساهراً وكانت له جارية اسمها سخيلة ترعى غنماً وكانت تؤخر السراح والرواح حتى تسبق، وكان يعاتبها في ذلك فيقول: أصبحت يا سخيلة أمسيت يا سخيلة، فلما رأت سهره وقلقه قالت له: ما لك في ليلتك هذه؟ فقال: ويلك دعي أمراً ليس من شأنك. ليس هذا من رعاية الغنم. ويقال: إنها قالت له ذلك بعد إقامتهم عنده أربعين ليلة وهو يذبح لهم فقالت: إن مقام هؤلاء أسرع في غنمك وسألته عما نزل به فذكره لها بعد أن راجعته مراراً فقالت: سبحان الله اتبع القضاء المبال فقال: فرجتها والله يا سخيل مسي بعدها أو صبحي، فلما أصبح خرج عليهم فقضى بذلك.
واعلم أنه يستفاد من قضية عامر هذه فوائد منها: أنه ينبغي لمن تنزل به أمر معضل من قاض أو مفت أو غيرهما أن يستعين بغيره، ولو كان أدون منه لأنه قد يوجد في النهر ما لا يوجد في البحر، ومنها: أنه إذا تبين له الحق أنصف قائله

واعترف له بحقيته ولا ينكره فيستفيد ويجحد. ومنها: أن المذاكرة من أسباب النفع والفتح، ومنها: أن هذا مشرك توقف في حكم نازلة أربعين يوماً. قال الأذرعي: فيه مزدجر لجهلة قضاة الزمان ومفتيه، ومن لا يخشى الله تعالى في أحكام عباده ولا يتقيه ثم مثل البول من أحد الفرجين كثرته من أحدهما أو سبقيته وسائر العلامات فيعمل عليها (خ) فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق أو نبتت له لحية أو ثدي أو حصل حيض أو مني فلا إشكال.

وإن يبل بالجهتين

أي من الفرجين (الخنثى) واستوى منهما بحيث لا يكون من أحدهما أكثر ولا أسبق ولا ظهر شيء مما يمتاز به غير ذلك، فهو خنثى مشكل دائم الإشكال فميراثه ما ذكره بقوله: (فنصف حظي ذكر وأنثى) هو الواجب له من نصف نصيبه بتقدير كونه أنثى على طريق الأحوال على المشهور بأن تصحح المسألة على التقديرين، ثم انظر ما بين المسألتين من تماثل فتكتفي بإحدى المثلين أو تداخل فتأخذ الأكثر أو توافق فتضرب وفق أحدهما في كامل الآخر أو تباين فتضرب الكل في الكل، ثم اضرب الخارج في حالتي الخنثى إن كان واحد، واقسم الخارج على التقديرين فما اجتمع له فيهما فاعطه نصفه، وكذلك غيره ممن معه في الفريضة. ومثال ذلك هلك هالك وترك ولدين ابناً وخنثى فبتقدير ذكورته المسألة من اثنين وبتقدير أنوثته المسألة من ثلاثة، فتضرب الاثنين فيها بستة أضربها في حالتي الخنثى بإثني عشر، فعلى الذكورة لكل واحد ستة، وعلى الأنوثة له أربعة، وللذكر ثمانية، فمجموع حظيه في الذكورة والأنوثة عشرة فيأخذ خمسة، والآخر اجتمع له أربعة عشر فيأخذ سبعة، وهذا إذا كان يرث بالجهتين ويختلف إرثه بهما، فإن ورث بالأنوثة فقط كالأخت في الأكدرية، أو بالذكورة فقط كابن الأخ فنصف ما يرث به، وإن استوى إرثه فيهما كأخ لأم فله سدسه كاملاً، وأعلم أنه لا يتصور في الخنثى أن يكون أباً ولا أماً ولا جداً ولا جدة ولا زوجاً ولا زوجة لمنع نكاحه ما دام مشكلاً وهو منحصر في الأولاد وأولادهم والإخوة وأبنائهم والأعمام وأبنائهم وأعمام الأب وأبنائهم وأعمام الجد وأبنائهم والموالي، ولا يرث الولاء لأنه ليس بعاصب إذ لا يستكمل المال كله.

وابن اللعان إرثه بأمه

إذ لا أب له لانقطاع نسبه باللعان (ما كان) أي ذكراً كان أو أنثى فهو لا يرث إلا بأمه أو أخاه لأمه (والسدس أقصى سهمه) منه ويرث أقل منه إذا كان معه أكثر من أخ آخر لأم، ولا يرث جدة لا لأب ولا لأم خلافاً لمن وهم وترثه جدته لأمه دون جدته لأبيه، إلا أن كلام المصنف في إرثه لا في الإرث منه (وتوأماه) أي اللعان يعني توأمي الحمل الذي لوعن فيه (هبهما تعددا) بأن وضعت ثلاثاً أو أربعاً من ذلك الحمل (هما شقيقان في الإرث أبداً) كتوأمي المستأمنة والمسبية بخلاف توأمي الزانية والمغتصبة فإن إخوتهما للأم فقط على المشهور. (وما قصدت جمعه) من أحكام الخصومات المتكرر نزولها بالقضاة (هنا انتهى) إخبار للتحدث بنعمة الله تعالى والتوطئة للحمد عليها بقوله:

والحمد لله بغير منتهى

إذ توفيقه لنظم هذا الكتاب وإتمامه من أجل النعم لأنه من الأعمال التي لا تنقطع بالموت لخبر «إذا مات المؤمن انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو ولد صالح يدعو له أو علم يبثه في صدور الرجال». (وبالصلاة) والسلام (ختمه) أي ما قصد جمعه وهو مبتدأ مؤخر، والجملة خبرية قصد بها إنشاء الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم آخراً (كما ابتدى) أيضاً بالصلاة (على الرسول) وهو إنسان أوحي إليه بشرع وأمر بتبليغه، وإن لم يكن له كتاب ولا نسخ لشريعة من قبله وقيل بشرط أحدهما (المصطفى) المختار من جميع الخلق (محمد) بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم (وآله) أقاربه المؤمنون من بني هاشم أو والمطلب أو بني قصي أو قريش أو أتباعه وهم كل مؤمن (وصحبه) اسم جمع لصاحب بمعنى الصحابي، وهو كل من اجتمع مؤمناً بالنبي صلى الله عليه وسلم (الأخيار) جمع خير بعد تخفيفه **قال تعالى كنتم خير أمة}** (آل عمران:110) ثم وقت هذه الصلاة بما يفيد الدوام والاستمرار فقال: (ما كور) أي مدة تكوير (الليل على النهار) وينظر قوله:

وبالصلاة ختمه كما ابتدى. لقول حازم:

بدأتها باسم الذي ختمتها

بحمده جل الإله وعلا

فالبدء باسم الله أولى ما به

عند افتتاح كل أمر يعتني

والحمد لله أجل غاية

يبلغ بالقول لها وينتهى

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين. اللهم إنا نسألك إيماناً دائماً ونسألك قلباً خاشعاً، ونسألك علماً نافعاً، ونسألك يقيناً صادقاً، ونسألك ديناً قيماً ونسألك العافية من كل بلية ونسألك تمام العافية، ونسألك دوام العافية، ونسألك الشكر على العافية، ونسألك الغنى عن الناس اه.

روى جعفر الصادق بسنده عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أتاه جبريل عليه السلام، فبينما هو عنده إذ أقبل أبو ذر فقال جبريل: هذا أبو ذر قال فقلت: يا أمين الله وتعرفون أنتم أبا ذر؟ قال: نعم، والذي بعثك بالحق إن أبا ذر في السماء أعرف منه في أهل الأرض وإنما ذلك لدعاء يدعو به كل يوم مرتين، فادع به واسأله عن دعائه فقال صلى الله عليه وسلم وعلى آله. «يا أبا ذر ما دعاء تدعو به مرتين»؟ قال: نعم فداك أبي وأمي ما سمعته من بشر، وإنما هو عشرة أحرف ألهمنيها ربي إلهاماً، وأنا أدعو به في كل يوم مرتين أستقبل القبلة فأسبحه ملياً وأحمده ملياً وأهلله ملياً وأكبره ملياً، ثم أدعو بتلك العشر كلمات اللهم إنا نسألك إيماناً دائماً الخ. قال جبريل: والذي بعثك بالحق لا يدعو أحد من أمتك به إلا غفرت ذنوبه، وإن كانت أكثر من زبد البحر وتراب الدنيا ولا يلقى أحد من أمتك وفي قلبه هذا الدعاء إلا اشتاقت إليه الجنان، واستغفر له الملكان وفتحت له أبواب الجنة فنادت الملائكة: يا ولي الله ادخل من أي باب شئت.

قال الترمذي الحكيم قوله: إيماناً دائماً الدوام على وجهين وجه أن يدوم له توحيده حتى يختم له بذلك فلا يسلبه فيلقى

ربه بإيمانه فيدوم له أبداً، والوجه الآخر أن يكون له يقين يصير أموره على المعاينة ولا ينقطع ذكر الله عن قلبه على كل حال.

قيل لأبي الدرداء: فلان أعتق مائة رقبة. فقال: إيمان ملزوم ولسانك رطب بذكر الله أفضل من ذلك، والقلب الخاشع هو الذي ماتت شهواته فذلت النفس لله وبرئت من الكبر والعجب وسيىء الأخلاق وخشع القلب بما طالع من جلال الله الملك الحق وعظمته، والعلم النافع هو الذي تمكن في الصدر وتصور وانشرح به القلب وتنور، وذلك أن النور إذا أشرق في القلب تصورت الأمور حسنها وسيئها كل على ما هو عليه، ووقع لذلك ظل في الصدر هو صورة الأمور فيأتي حسنها ويجتنب سيئها، فذلك العلم النافع من نور القلب خرجت تلك المعالم إلى الصدور وهي علامات الهدى وما تعلمه قبل ذلك هو علم اللسان إنما هو شيء قد استودع الحفظ والشهوة غالبة عليه، وإذا غلبت عليه أذهبت بظلمتها ضوءه فلا يكون به منتفع، اللهم إنا نعوذ بك من علم لا ينفع وقلب لا يخشع ودعاء لا يسمع ونفس لا تشبع، نعوذ بك من هؤلاء الأربع ونسألك علماً نافعاً وعملاً صالحاً متقبلاً ورزقاً واسعاً حلالاً وعمراً طويلاً مباركاً، ونسألك العافية في الدين والدنيا والآخرة برحمتك يا أرحم الراحمين، اللهم ابسط علينا رحمتك في الدنيا والآخرة وانشر علينا رحمتك في الدنيا والآخرة واتمم علينا نعمتك يا أكرم الأكرمين، اللهم إنا نسألك عيشاً قاراً وعملاً باراً ورزقاً داراً وعافية كاملة ونعمة شاملة فإنه لا غنى لنا عن خيرك وبركتك يا أرحم الراحمين، اللهم صلِّ وسلم على سيدنا ومولانا محمد عبدك ورسولك النبي الأمي الحبيب العالي القدر العظيم الجاه عدد ذرات الكونين وأنفاس الثقلين، وعلى آله وصحبه أجمعين آمين. والحمد لله رب العالمين، اللهم إنا نسألك العفو والعافية والمغفرة والرحمة لنا ولوالدينا وأولادنا وإخواننا ولجميع المسلمين، وخصوصاً المحبين والمعتقدين، وأن تنفع بهذا التأليف من كتبه أو قرأه أو حصله أو سعى في شيء منه بفضلك يا أرحم الراحمين. يا رب العالمين أنت ولينا

ومولانا ونعم المولى ونعم النصير، ولا حول ولا قوة إلا بك، عليك توكلت وإليك أنيب ولا ملجأ لي منك إلا إليك، فاغفر لي بفضلك ما قدمت وما أخرت وما عملت يداي وما سطرته الحفظة علي يا كريم الصفح يا عظيم المن يا حسن التجاوز يا خير المسؤولين. ويا أكرم المعطين، اللهم شفع فينا سيدنا ومولانا محمداً صلى الله عليه وسلم وعلى آله وأصحابه أجمعين، والحمد لله رب العالمين وهو حسبي ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الفهرس